المهمات

في شرح الروضة والرافعي

تصنيف

الشيخ الإمام العلامة

جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي

رحمه الله

ت / ٧٧٢ هـ

اعتنى به

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن علي

عفا الله عنه

الجزء الخامس

مركز التراث الثقافي المغربي

دار ابن حزم

بسم الله الرحمن الرحيم

المهمات

في شرح الروضة والرافعي

٥

الطبعة الأولى
١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

9789953817408

ISBN 978-9953-81-740-8

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيع

والنظر في خمسة أطراف :

الأول : في صحته وفساده ، [وفيه أربعة أبواب] (١) .

الباب الأول
في أركانه

قوله : والوجه أن يقال : البيع مقابلة مال بمال . انتهى .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ إن كان حداً للبيع اللغوى فليس بجامع ، بل الصواب أن يقول : مقابلة شيء بشيء كما قاله الماوردى ،ليدخل ماليس بمال كالكلب ونحوه . وإن كان حداً للبيع الشرعى فيرد عليه أمور :

[منهـا] (٢) : القرض كما لو قال : خذ هذا بمثله، وكذلك الإجارة أيضاً، فإن الحد صادق عليهما وليسا ببيع ولهذا لا ينعقدان بلفظ البيع .

فإن توهم [متوهم] (٣) أن المال لا يطلق على المنفعة، واستند في الجواب عن الإجارة إليه .

قلنا : فيلزم أن لا يكون أيضاً جامعاً لأنه [لا] (٤) يجوز أن يجعل الثمن منفعة .

وأيضاً فقد صرح هو في كتاب الوصية بدخول منفعة في المال فقال : الأموال تنقسم إلى : أعيان ومنافع . هذا لفظه .

---

(١) زيادة من جـ . (٢) في أ ، ب أحدها .
(٣) سقط من جـ . (٤) سقط من جـ .

ومنها أن المقابلة المطلقة ليس فيها دلالة على المقصود أصلاً ، فإنه لم يتعرض لكونها في عقد، ولا أن ذلك العقد يقتضى انتقال الملك، ثم إنه لابد أن يقول على الوجه المأذون فيه ونحو هذا .

قوله : ثم أحد الأركان الصيغة وهي الإيجاب من جهة البائع بأن يقول: بعت أو اشتريت أو ملكت ،وفي ملكت وجه منقول عن «الحاوى» انتهى كلامه .

لم يبين هو ولا النووي في «الروضة» هل الوجه في نفي الانعقاد به بالكلية أو في نفي صراحته فقط ؟ وكلام الماوردى يقتضى فيه خلافاً، فإنه قسم الألفاظ إلى ما يصح به العقد ،وإلى مالا يصح به وإلى ما اختلف فيه .

ثم قال: ومن المختلف فيه قول البائع قد مكلتك فيه، لأصحابنا وجهان.

أحدهما : يصح العقد به لأن حقيقة البيع تمليك المبيع بالعوض ، فلا فرق بين ذلك وبين قوله : بعتك .

والوجه الثانى وهو الصحيح : لا يصح العقد به لعلتين .

إحداهما : أن التمليك هو حكم البيع وموجبه فاحتاج إلى تقديم العقد ليكون التمليك بعقبة .

والثانية : أن لفظ التمليك يحتمل البيع ويحتمل الهبة على العوض، فصار من جملة الألفاظ المحتملة.

قوله : وسواء تقدم قول البائع : بعته أو قول المشترى : اشتريت، فيصح البيع في الحالتين . انتهى كلامه .

ذكر مثله في «الروضة» والتمثيل لتقديم اللفظ الصادر من المشترى باشتريت يشعر بأن لفظ القبول لا يجوز تقديمه، وبه صرح الإمام فقال : والقبول في الحقيقة مالا يتأتى الابتداء به كقوله : قبلت .

فأمـا ما يتأتى فـيه ذلك كقـوله : ابتـعـت ونحـوه، فذاك قـائم مقـام القبول . هذا كلامه .

واقتصر ابن الرفعة في «الكفاية» هنا عليه .

قوله: وعن ابن سريج تخريج قول للشـافعى أنه يكتفي بها أي: بالمعاطاة في المحقرات وذكروا لمستند التخريج صوراً .

منهـا لو عطب الهدى في الطريق فـغمس النعل الذى قلده بهـا في الدم وضرب بها صفحة سنامه هل يجوز للمارين الأكل منه؟ فيه قولان :

ومنها لو قـال لغيره : اغـسل هذا الثوب فغـسله، وهو ممن يعتـاد الغسل بالأجرة هل يستحق الأجرة ؟

فيه خلاف سيأتى في موضعه .

ومنها لو قال لزوجـته : إن أعطيتنى ألفاً فأنت طالق، فوضـعته بين يديه، ولم تتلفظ بشئ فإنه يملكه ويقع الطلاق .

وفي الاستشهاد بهذه الصور نظر. انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : في بيان النظر الذى أشار إليه الرافعي رحمه الله فنقول : قال في «المطلب» : أمـا جواز الأكل مـن الهدى فـلأن الأكل مبـاح للضـيفـان بالتقديم ، وأيضاً فلأنه انحصر الحال فيه في دلالة [الفعل] (١) ولا يلتحق به مالم ينحصر الحال فيه .

نعم نظير الهـدى ما إذا عدم النطق، ونحن نقول بانعقـاد البيع في تلك الحالة بالإشارة المفهمة قولاً واحداً .

وأما مسألـة الغسال فلأن مذهب الشافـعي رضى الله عنه أنه لا يستحق شيئاً ، والذهاب إلى الاستحقاق ليس قولاً حتى يخرج منه إلى هنا قول بل هو وجه لبعض الأصحاب .

---

(١) في جـ : النعل.

وأما مسألة الإعطاء فإن الملك فيه لم يستند إلى مجرد الوضع، بل إلى اللفظ السابق .

وأجاب في «المطلب» عن النظر المذكور في الأخيرة بأن اللفظ وإن كان موجوداً من جانب الزوج فليس من جانب المرأة والحالة هذه لفظ أصلاً، ونحن إذا اعتبرنا اللفظ اعتبرناه من الجانبين .

قال : وبهذا يظهر أن التخريج منها أظهر من الصورتين الأخيرتين، ووقع في بعض نسخ الرافعي هنا مخالفة للنسخة التى نقلت منها بالنسبة إلى عود النظر إلى جميع الصور أم إلى بعضها ؟ واقتصر الرافعي في «الشرح الصغير» على الاستناد في التخريج إلى مسألة الغسال .

الأمر الثانى : أن الأصحاب قد ذكروا للتخريج صورة رابعة، وهي أظهر مما ذكره الرافعي، وهي ما إذا قلّد هديه ، هل يصير منذورًا بمجرد التقليد ؟

فيه قولان ، وقد ذكر النووي في «الروضة» هذه الصورة ، واقتصر عليها فأدخلها في كلام الرافعي فافهمه، وتفطن له .

وقال بعضهم : لعله خرجه من كل ما أخذ الشافعي فيه بالعرف كحمل الهدية والإذن في دخول الدار وغيرهما ، وهو تخريج متجه أيضاً .

قوله : المسألة الثانية : ولو قال : بعنى، فقال البائع : بعتك . نظر إن قال بعد ذلك : اشتريت أو قبلت .انعقد لا محالة ، وإلا فوجهان في رواية بعضهم، وكذلك أورده المصنف هاهنا، وقولان في رواية آخرين .

وكذلك أورده في النكاح ثم قال : وعن أحمد روايتان كالقولين . انتهى كلامه .

والصحيح عند الرافعي أن الخلاف وجهان .كذا صرح به في «الشرح الصغير» فقال ما نصه : فوجهان ويقال : قولان . انتهى .

ولم يصرح في «المحرر» بشيء، بل عبر بالأصح،وليس له في التعبير به

اصطلاح .

واختلف كلام النووي في ذلك فصحح في «شرح المهذب» و«الروضة» أنه وجهان، ولم ينبه في «الروضة» على أنه من «زياداته» بل أدخله في كلام الرافعي مع أن الرافعي لم يصرح بشئ ، بل أول كلامه، وآخره يشعر برجحان أنهما قولان وجزم في «المنهاج» بأن الخلاف قولان وهو الصواب فإن الغزالى في كتاب النكاح من «الوسيط» نقلهما قولين منصوصين فقال : ونص في البيع على قولين . هذا لفظه .

واعلم أن الغزالى هاهنا في «البسيط» قد حكى الخلاف قولين .

وأما حكايته وجهين فهو في «الوسيط» و«الوجيز» خاصة فاعلمه، فإن كلام الرافعي يوهم خلافه .

قوله : ولو قال : سلطتك عليه بألف فهل هو من الكنايات أم لا ؟ اختلفوا فيه . انتهى .

والأصح أنه كناية .كذا صححه النووي في «الزيادات»

قوله : فإن قلنا: ينعقد بالكتب فالشرط أن يقبل المكتوب إليه كما اطلع على الكتاب على الأصح ليقترن القبول بالإيجاب بحسب الإمكان. انتهى كلامه.

لم يبين الوجه المقابل للأصح، وقد بينه في الباب الثاني من كتاب الطلاق ،فإنه رجح أيضاً هناك انعقاد البيع بالكتابة وأنه يشترط أيضًا القبول لورود الكتاب ثم قال ما نصه : وفي وجه لا يشترط ذلك، ويراعى التواصل اللائق بين المتكاتبين ،وقد أشرنا إلى ذلك كله في أوائل البيع .هذا لفظه .

واستفدنا منه أن ذلك الوجه هو الذى أشار إليه هنا، وقد ذكر الرافعي في النكاح أنا إذا صححنا انعقاده بالمكاتبة فيكفي وقوع القبول في مجلس الخبر وسأذكره في موضعه إن شاء الله تعالى لكلام فيه ينبغي الوقوف عليه.

وإذا قيل بذلك في النكاح لزم القول به في البيع بطريق الأولى، وحينئذ فيصح أن تكون الإشارة إلى هذين الوجهين .

قوله : وفي مسودات بعض أئمة طبرستان تفريعاً على انعقاد البيع بالمكاتبة أنه لو قال : بعت داري من فلان وهو غائب ،فلما بلغه الخبر قال: قبلت ينعقد لأن النطق أقوى من الكتابة وقال أبو حنيفة :لا ينعقد .انتهى كلامه .

والذى تلخص أي: من كلامه وكلام النووي أن الراجح في هذه المسألة هو المنع، وسأذكر ذلك في كتاب النكاح في الكلام على الصيغة فاعلمه.

قوله : نعم .لو قال : بعت من فلان وأرسل إليه رسولاً بذلك وأخبره به فقبل انعقد كما لو كاتبه. انتهى كلامه .

وهذه المسألة قد أسقطها النووي من «الروضة» .

قوله : وذكر في «الوسيط» أن الظاهر انعقاد البيع المقيد بالإشهاد بالكتابة إذا [توفرت] (١) قرائن الأحوال وأفادت التفاهم . انتهى .

وما نقله عن الغزالي وأقره عليه ذكر مثله أيضاً النووي في «الروضة» و«شرح المهذب» وأنكره ابن الرفعة في «المطلب» فقال : إنه مخالف لكلام الأئمة .

قوله من «زياداته» : قال الغزالي في «فتاويه» : لو قال : باعك الله أو أقالك الله فهو كناية . انتهى ملخصاً .

هذه المسألة ذكر الرافعي نظيرها في الكلام على كنايات الطلاق، وحكى فيها وجهين من غير ترجيح فقال : فيما إذا أسند الطلاق إلى الله تعالى ،أو أسند العتق أو الإبراء فقال مثلاً : أبرأك الله أنه صريح عند العبادي ،وكناية عند البوشنجي ،وهذه المسألة مثلها .

---

(١) في جـ : قويت.

قوله : وكلام الغزالى يقتضى اعتبار الصيغتين فيما إذا باع الرجل مال ولده من نفسه أو بالعكس، وفيه وجهان ربما نوجههما في غير هذا الموضع، انتهى ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهما : أنه لم يصرح أيضاً في «الشرح الصغير » بتصحيح. والأصح: أنه لابد منهما ففي « المحرر » و «المنهاج» اشتراط الصيغتين من غير تفصيل . وصرح بتصحيحه أيضا في «شرح المهذب» وهو المذكور في «الحاوى الصغير» وذكر الماوردي في باب الحجر وجهاً ثالثاً أنه لا حاجة إلى لفظ بالكلية ،بل ينعقد بالرضى، وهو قوي .

الأمر الثانى : أن هذا الخلاف له شرط نقله الرافعي في باب الهبة عن الإمام وأقره عليه فقال بعد حكاية هذين الوجهين : قال الإمام : وموضع الوجهين في القبول ما إذا أتى بلفظ مستقل كقوله : اشتريت لطفلى أو اتهبت له أما إذا قال : قبلت البيع والهبة، فلا يمكن الاقتصار عليه بحال.

قوله في أصل «الروضة» في الوجهين المتقدمين وسيأتيان إن شاء الله تعالى بفروعهما في باب الخيار . انتهى .

وهذا الذى قاله من ذكرهما في باب الخيار ليس كذلك، نعم ذكر تفاريع وجه الصحة من غير تعرض إلى خلاف فيه، ولعل السبب في قول النووي ذلك أن الرافعي قال فيه وجهان ربما نوجههما في غير هذا الموضع فرأى النووي تفريع الصحة في باب الخيار فظن أن الرافعي ذكرهما أيضًا: نعم ذكرهما الرافعي في باب الحجر .

قوله :يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ولا يتخللهما كلام أجنبى.. إلى آخره .

اعلم أن الحكم بالبطلان عند تخلل الكلام الأجنبى فيه كلام يأتى ذكره إن شاء الله تعالى في النكاح .

قوله في «الروضة» : ولو مات المشترى بين الإيجاب والقبول ووارثه حاضر فقبل فالأصح المنع، وقال الداركى : يصح . انتهى كلامه .

وتعبيره هنا بالأصح يقتضى قوة الخلاف ،وليس كذلك فقد قال الماوردى والمحاملى : إن الداركى خالف فيه الإجماع .

وقال في «شرح المهذب» ما نصه : وبالبطلان قطع الأصحاب في كل الطرق، وحكى الرويانى وجهًا أنه يصح قبول الوارث، وهذا شاذ باطل. هذا لفظه ، وهو في غاية التباين .

قوله : ويشترط موافقة القبول للإيجاب، ثم قال : ولو قال بعتك هذا بألف فقال : قبلت نصفه بخمس مائة ونصفه بخمس مائة قال في «التتمة»: يصح العقد لأنه تصريح بمقتضى الإطلاق ،ولك أن تقول إشكالاً سيأتى القول في أن تفصيل الثمن من موجبات تعدد الصفقة .

وإذا كان كذلك فالبائع هاهنا أوجب بيعة واحدة والقابل قبل بيعتين لم يوجبهما البائع . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في «الروضة» وينبغى أن يتفطن إلى أن الرافعي قد ساق مقالة صاحب «التتمة» مساق الأوجة الضعيفة، لأنه نقله عنه بعد أن قرر اشتراط مطابقة القبول للإيجاب في المعنى، وهو منتف هاهنا ، لكن في «شرح المهذب» أن الظاهر الصحة، وقد علمت مدرك هذا الوجه ومدرك مقابله .

وهذه المسألة لها أصل يستند إليه ذكره الرافعي في كتاب النكاح في الكلام على الموانع قبل الفصل الرابع المعقود للكفر فقال فيما إذا جمع بين حرة وأمة في عقد واحد إن نكاح الأمة يبطل، ويصح نكاح الحرة على الصحيح .

وموضع الخلاف فيما إذا قال : زوجتك هذه وهذه بكذا، فقال : قبلت نكاحهما .

فأمـا إذا قال : زوجتك بنتى هذه، وزوجـتك بأمتى هذه فقـال : قبلت نكاح بنتك، وقبلت نكاح أمتك ،فنكاح البنت صحيح بلا خلاف .

ثم قال : ولـو فصل المزوج وقـال الزوج : قبلت نكاحـهمـا ،أو جمع المزوج وفصل الزوج فهو كمـا لو فصلا جميعاً ،أو كما لو جمـعا جميعاً ؟ وجهان أصحهما الأول . انتهى .

قـوله : وفي «فـتاوى القـفـال» أنه لو قـال : بعتك بألـف درهم فقـال : اشتريت بألف وخمسمائة صح البيع، وهو غريب . انتهى كلامه .

فيه أمــران :

أحدهما : أن هذا النقل عن القفال إنما ساقه الرافعي أيضاً مساق الأوجه الضعيفـة فاعلم ذلك، وقد صرح بمسألة القفـال في الباب الثانى من أبواب الوكالة قبـيل الكلام على ما إذا وكله في شراء شاة فاشتـرى شاتين، وجزم بالبطلان وكذا جـزم به أيضاً في كتاب الخلع في الكلام على جـعله طلاقاً، وجزم به الإمـام والقاضى الحسين في كتـاب الخلع والماوردى هنا، والهروى في «الإشراف» ولم يقف النووي هنا على شئ من هذه النـقول، ولم يتفطن لكونه سيق مساق الأوجه الضعيفة، ورأى أن المتوجه هو البطلان ،فأجاب به تفقـهاً، أعنى في «شـرح المهذب» فـقال : الظاهر فـساد العقـد، وإذا قلنا بالصحة صح بالألف فقط ولغى ذكر الخمسمائة كما أشار إليه الإمام .

ولو ابتدأ المشترى فأجاب البائع بأنقص أو ضم معه عيناً أخرى فهو نظير المسألة، وقد ذكـرهما الرافعي في الطريق الثانى من البـاب الرابع من كتاب الخلع، وصحح البطلان .

وقـيل : يصح بما أجاب به البائع منهما، وقـيل فيما إذا ضم عيناً أخرى أنه يصح ولكن في المسئول .

الأمر الثانى : أن هذا النقل الذى نقله الرافعي عن «فتاوى القفال» وتبعه

عليه النووي في «الروضة» وغيرها غلط ،ففي «فتاوى القفال» التصريح بعكسه فقال : مسألة إذا قال بعتك هذا الثوب بألف درهم مؤجلة إلى شهر بشرط خيار الثلاث، فقبل أن يفرع هو قال المشترى اشتريت، فإن ذلك لا يجوز مالم يتم أخر حرف من كلامه ، وعلى هذا لو قال : زوجتك ابنتى بألف مؤجلة إلى شهر . فقبل قبل أن يفرع هو من آخر حرف من هذا الكلام قال : قبلت فإن ذلك لا يصح ولا ينعقد النكاح لأنه من باب الإيجاب والاستيجاب كالبيع، ألا ترى أنه لو قال : بعتك هذا بألف، فقال: اشتريته بألف وخمسمائة، لا ينعقد البيع أما إذا وكل وقال بع هذا بألف فباع بألف وخمسمائة جاز، ولو وكله أن يزوج ابنته بألف فروج بخمس مائة، فإن النكاح لا ينعقد .

كذا قال الشيخ ـ رحمه الله ـ بخلاف ما لو قال: للولى : زوجنى من فلان بألف، فزوج بخمسمائة فإن النكاح ينعقد، ولها مهر المثل .هذا كلام القفال في «الفتاوى» بحروفه ومن نسخة معتمدة كانت لابن الصلاح وعليها خطه نقلت .

ذكر ذلك بعد نحو ستة أوراق من أول الكتاب من «الفتاوى» التى ليست مرتبة .

نعم ذكر أعنى : القفال بعد هذا بدون الورقتين كلاماً يوهم خلافه ،فقال: مسألة إذا قال : بعنى هذا بألف درهم .

فقال : بعتك بخمس مائة، صح ولا يحتاج أن يقول : قبلت، وكذا لو قال : بعتك بألف .

فقال : اشتريت بألف وخمسمائة ، جاز إن وجد البيع مرة أخرى . هذه عبارته .

فلم يقتصر على الحكم بالجواز . بل جعل الجائز وجدان المبيع مرة غير

هذه، وأشار بذلك إلى اشتراط القبـول بعده، فلم يقف الرافعي على المسألة السابقة ووقف على هذه ذاهلاً عن اللفظ المذكور في آخرها وهو عجيب .

نعم استغراب الرافعي له يدل على عظم قدره .

قوله : في «أصل الروضـة» :فرع: لو قال : بـعتك بألف .فقـال : قبلت، صح قطعاً بخلاف النكاح فإنه يشترط فيه على رأى أن يقول : قبلت نكاحها احتياطاً للأبضاع. انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما اقتضاه كلامه من نفي الخلاف قد ذكره أيضاً في «شرح المهذب» بعبارة هى أصرح من هذه فقال : يصح البيع بلا خلاف .

هذا لفظه، وليس كمـا ذكره من نفي الخلاف، وقد أعـادها الرافعي في كتـاب النكاح في الكلام على الصـيغة، وحكى عـن الحناطى أنه نقل فيـها وجهين، وذكره أيضاً النووي في «الروضـة» ولم يصرح الرافعي هنا بدعوى القطع.

الثانى : أن هذا الكلام ليس فيه تصريح بأن (قبلت) وحدها من الصرائح أو الكنايات؟ وقد ذكـر الرافعي في كـتاب النكاح ما يدل علـى أنها كناية، فقال فـيما إذا قال : قبـلت ولم يقل :«تزويجها» ولا «نكاحهـا» ما نصه : وأصح الطرق أن المسـألة على قـولين : أحـدهما :الصـحـة ،لأن القبـول ينصرف إلى ما أوجبه فكان كالمعاد لفظا .

وأظهرهما : المنع ،لأن لم يوجد منه التصريح بواحد من لفظى الإنكاح والتـزويج والنكاح لا ينعـقـد بالكنايـات. هذا لفظه ،وهو صـريح في أن للتقدير الواقع بعد (قبلت) ألحـقه هناك بالكنايات فيكون أيضاً كناية هنا وهو المدعى.

فإن قيل : بل هو صريح للتقدير .

قلنا : المقدر إن كان كالملفوظ به حتى تصـير (قبلت) هنا صريحاً كقبلت البيع فيكون المقدر في النكاح أيضاً كالملفـوظ به حتى تصير (قبلت) صريحاً كقبلت النكاح، وحينئذ فينعـقد النكاح به، وإن لم يكن المقدر كالملفوظ به، بل تكون (قبلت) وحدها ملحقاً بالكنايات حـتى لا ينعقد بها النكاح، فيلزم أن تكون (قبلت) وحـدها في البيع كناية فالقول به في أحـدهما دون الآخر تحكم لا دليل عليه، بل هى مسألة واحـدة أخذت طرفاً من اللغة وطرفًا من العقل.

قوله : ويعتبر في المتعاقدين التكليف ..إلى آخره .

أهمل من شروطهما شرطاً آخر ، وهو الاخـتيار فإن بيع المكره بغير حق لا يصح ، وقد اسـتدركـه في «الروضة» وأهمل أيضـاً عدم الحجر للاحـتراز عن السفيه ونحوه، وعبر في «المنهاج» : بالرشيد ،وهو تعبير فاسد كما نبهت عليه في شر حى له.

قـوله : من «زياداته» : ولا يصح بيـع السكران ولا شـراؤه على المذهب، وإن كان غـير مكلف كـما تقرر فـي كتب الأصول، وسنوضـحه في كـتاب الطلاق إن شاء الله تعالى . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحـدها : أن سلب التكليف عن السكران قد تكرر منه في غـير موضع وهو كـلام ساقط فـإن الصحـيح عند الفـقهـاء أن السكران كالصـاحى في تصرفـاته سواء كانـت تنفعه كـقبول الهـدية والوصيـة وغيرهمـا، أو تضره كالطلاق وكذلك مـوجبات الحدود ونحوها، وهذا هو مـعنى التكليف ،غير أن الأصوليين صححـوا أنه ليس مكلفاً حتى أنه يعامل معـاملة غير المكلفين في إبطال أثر هذه الأشياء كلها سواء كانت له أو عليه، فخلط النووي طريقة

الفقهاء بطريقـة الأصوليين، فإنه نفي التكليف عن السكران ومع ذلك حكم بصحة تصرفاته وهما طريقان لا يمكـن الجمع بينهما. وليت شعري ما الذي فهمه من معنى التكليف حتى أنه نفاه عن السكران مع القول بتنفيذ تصرفاته سـواء كانت له أو عليـه ومؤاخـذته بما صـدر منه حتى تقـام عليه الحـدود والتعازير وتوجب عليه الكفارات، ويحكم بالطلاق والعتاق إلى غير ذلك، نعم إبطال الصلاة ونحوها كفقدان النية وهو واضح .

الأمر الثـاني : أن الشافعي قد نـص على أنه مكلف على عكس ما قاله النووي، كذا نقله عنه الروياونى في كـتاب الصلاة، ورأيته أيضـاً منصوصًا عليه في «الأم» في باب طلاق السكران فقال ما نصــه : فإن قال قائل فهذا مغلوب على علقه والمريض والمجنون مغلوب على عقله قيل المريض مأجـور ويكفر عنه بالمرض مرفوع عنه القلم إذا ذهب عقله، وهذا آثم مضروب على السكر غير مرفوع عنه القلم فكيف يقـاس من عليه العقاب بمن له الثواب. انتهى كلامه .

واعلم أن هذا النص يدل على فائدة حـسنة فلنذكرها وإن كانت أجنبـية عما نحن فيه ثم نعود إلى مـا نحن فيه، فنقول : اعلم أن الشيخ عز الدين قد ذكر في «القواعد الكبرى» أن المصائب ليس فيها بنفسها أجر .

فقال : وظـن بعض الجهلة أن المصاب مأجـور على مصيبـته وهو خطأ صريح فإن الثواب والعقـاب إنما هو على الكسب بمباشرة أو تسبب قال الله تعالى : ﴿ هَلْ تُجْزَوْنَ إِلاَّ مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾ (١) والمصائب ليست منها ،بل إن صـبر فله أجـر الصـابرين ،وإن رضى فله أجـر الراضـيين . هذا كلامـه، والنص المتقدم عن الشافعي يرد علـيه فإنه حكم بأجره مع زوال عقله، ومن المعلوم انتفاء الصبر والرضى في تلك الحالة .

الأمر الثالث : أن ما ادعاه من إيضاحه في كتاب الطلاق ليس الأمر فيه

---

(١) سورة النمل (٩٠) .

كـذلك، بل ذكره هناك بعبـارة تدل على أنه أضـعف إيراداً وأكثـر فسـاداً وسنذكره هناك فراجعه .

قوله : ولو فتح الصبى باباً وأخبر بإذن أهل الدار في الدخول أو أوصل هدية وأخبـر عن إهداء مهديهـا نظر إن انضمت إليـه قرائن تفيـد العلم جاز الاعتـماد، وهـو في الحقـيقـة عمل بالعلم لا بقـوله ،وإن لم تنضم فـإن كان عارماً غير مأمون لم يعتمد، وإلا فطريقان : أصحهما القطع بالقبول .

والثانى على وجهين في قبول روايته. انتهى ملخصا .

اعلم أن النووي ـ رحمه الله ـ قد ذكر المسألة في باب الوكـالة واقتصر فيها على طريقة الوجهين وهي الطريقة التى ضعـفها في هذا الباب وذكرها أيضاً من زوائده في باب الهبـة، وقال : إنه يعتمـد على قوله بالاتفاق فـاختلف كلامه فيها من ثلاثة أوجه .

والعارم بالعين والراء المهـملتين قال الجوهرى : وصبي عـارم من العرام بالضم فى شرس يعنى سيء الخلق كثير الخـلاف، وقد عرم يعرم ويعرم أى بالضم والفتح عرامة بالفتح أيضاً .

قوله : لكن لو اشترى الكافر عبداً مسلماً ففي صحته قولان :

أصحهما : أنه لا يصح .

ولو اشترى مصحفاً أو شيئاً من أخبار الرسول ﷺ ففيه طريقان :

أحدهما : طرد القولين .

وأظهرهما : القطع بالبطلان .

والفرق أن العـبد يمكنه الاسـتتـابة ، دفع الذل عن نفسـه ... إلى آخره . انتهى .

فيه [أمران] (١) :

(١) في جـ : أمور.

[**أحـدهـمـا**] (١) : ذكر النووي أن الخـلاف في بيع العبـد والمصحف و[كتب الفـقه] (٢) إنما هو في صحة العقد . وأمـا التحريم فلا خلاف في ثبوته، كذا نبه عليه النووي في «الزيادات» و«شرح المهذب» .

وما قاله مـردود، ففي «الإيضاح» للصيمـرى بالنسبة إلى كتب الفـقه ما يخالفه فقال : وأما إذا اشتروا كتب الفقه والطب والنحو ، فلا حرج عليهم.

وزعم بعض أصحابنا أن النصرانى إذا ابتاع كـتاب المزنى كان كمن ابتاع مصحفاً، والصحيح خلافه .

الأمر الثانى : أن ما صححه من طريقة القطع في المصحف وما بعده قد تابعه عليه في «الروضة» .

ثم إنه جـزم في «المنهـاج» من زياداته بطريقة الـقولين وكـذلك في باب الأحداث من «شرح المهذب» ، ولم يصحح هنا شيئاً من الطريقين .

قـوله : وامتنع الماوردى في «الحـاوى» من إلحـاق كتب الحـديث والفقـة بالمصحف ، وقال : إن بيعها منه صحيح لا محالة . انتهى كلامه .

والذى نقله «الحاوى» وتابعـه عليه في «الروضة» هو مذكـور فيه في هذا الباب، لكنه في كتاب عـقد الذمة [فقال] (٣) : فصل في كـتب الحديث فقال : إن كـان المذكور فيها سيـرته وصفته فالأمـر كذلك أي : من الجواز قطعاً وإن كان فيها كلامه من أمره ونهيه وأحكامه ففي البيع وجهان .

قوله في أصل «الروضة» : فرع .

يجوز أن يستأجر الكافر مسلمـاً على عمل في الذمة ، ويجوز أن يستأجر عينه على الأصح ، حراً كان أو عبداً .

---

(١) في جـ : أحدها.

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من جـ .

فعلى هذا هل يؤمر بإزالة ملكه عن المنافع بأن يؤجره مسلماً ؟
وجهان ،قطع الشيخ أبو حامد بأنه يؤمر . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن حكاية الخلاف في جواز الإجارة لم يصرح به الرافعي،وإنما حكى الخلاف في الصحة، ولا يلزم من الصحة الجواز، وقد نقدم في الشراء ما يوضحه أيضاً .

الأمر الثاني : أن الصحيح من الوجهين الأخيرين أنا نأمره بالإزالة، كذا صححه النووي في «شرح المهذب» .

وللماوردي في المسألتين تفصيل حسن ذكره في باب الحكم بين المهاديين فقال : والصحيح عندى أن الإجارة إن كانت معقودة على عمل يعمله الأجير في يد نفسه وراثة كالخياطة صحت وإن كانت كالخرمة فلا .

فإن صححنا الإجارة فإن كان مما يعمله الأجير في يد نفسه أخذ بعمله، وإن كان في يد المستأجر وناشئاً عن أمره أمرناه بإجارته.

وقال في باب كراء الإبل : إنه إذا لم ينقلها الكافر من نفسه إلى مسلم، وإلا فسخها الحاكم عليه .

قوله من زياداته : وإذا صححنا إجارة عينه فهى مكروهة. نص عليه الشافعي . انتهى .

وما نقله عن الشافعي من كراهته، ولم يحك فيه خلافاً يشكل على الرهن، فإنا إذا صححنا رهن المسلم والمصحف من الكافر ففي تحريمه وجهان ذكرهما النووي في '«الروضة» من «زياداته» واقتضى كلامه أن التحريم أرجح لكون القائلين به أكثر .

وأيضاً فقد جزم بتحريم شراء المسلم وغيره كما تقدم على القول

بالصحة .

ولهذا قال الصميرى في «الإيضاح» في باب تبديل أهل الذمة : إنهم حملوا الكراهة في كلام الشافعي هنا على التحريم .

قوله : ولا خلاف في جواز إعارته منه. انتهى .

وليس الأمر كما قال من نفى الخلاف، فقد جزم الشيخ في «المهذب» و«التنبيه» بالتحريم، وكذلك الجرجاني، وقد استدرك النووي في «الروضة» عليه ذلك .

واعلم أن ما سبق من أنه إذا استأجره مسلماً وصححنا الإجارة يجبر على نقلها لغيره بأن يؤجرها كما قاله في «الروضة» بشكل يجوز إعارته ليخدمه ،واستعماله فيها، فإنه إذا جاز بلا عوض فبالعوض أولى لأنه حينئذ يكون عاملاً لنفسه. ومعنى الإمتهان موجود في الصورتين .

والفرق من جهة المعنى غير واضح .

قوله : وإذا باع الكافر عبداً مسلماً بثوب فوجد بالثوب عيباً رده، وهل له استرداد العبد ؟

فيه وجهان : أظهرهما على ما ذكره صاحب «الكتاب» أن له ذلك. انتهى ملخصاً .

وما رجحه الغزالى هو الراجح؛ فقد قال الرافعي في «الشرح الصغير»: إنه أظهر الوجهين .

والنووي في «الروضة» و«شرح المهذب» : إنه الصحيح .

قوله : ولو وكل المسلم كافراً ليشترى له عبداً مسلماً فإن سمى الموكل في الشراء صح وإلا [فإن قلنا يقع الملك للوكيل أولاً لم يصح] (١) .

---

(١) سقط من أ ، ب.

فإن قلنا : يقع للموكل صح . انتهى .

وهذا الذى ذكره من الجواز عند تسميته [إذا قلنا بالمذهب أنه يقع] (١) للموكل ابتداء، فذكر قبل كتاب الصداق في نظيره نقلاً عن البغوى ما يخالفه، فإنه جزم بأنه لا يجوز أن يوكل المسلم كافراً في قبول نكاح المسلمة، وتبعه في «الروضة» عليه، ونقله في «الروضة» إلى الباب الرابع في بيان الأولياء، وزاد على ذلك فذكره أيضاً من «زوائده» في أوائل الوكالة جازماً به، وستعرف الموضعين في بابيهما .

ولا شك أن البضع لا يقع للوكيل بلا خلاف فأقل مراتبه أن يكون نظير ما إذا صرح بالسفارة ، أو قلنا : لا ينتقل.

وكونه نكاحاً لا أثر له لاسيما وصحة الشراء من الوكيل شرطها توجه الخطاب إليه بأن يقول : بعتك . حتى لو قال: بعت موكلك لم يصح .

وأما التزويج فشرط صحته من الوكيل صرفه عنه بأن يقول : زوجت موكلك، فإن قال : زوجتك لم يصح .

لا جرم أن الإمام قال في كتاب الخلع : إنه يجوز توكيل الكافر في إيجاب مسلمة على المذهب الظاهر .

ويؤخذ من تجويز الإمام ذلك تجويزه في القبول بطريق الأولى .

وذكر الإمام أيضاً في كتاب الوصية عند الكلام في الوصية يزوجه وارثه لأجنبى ما حاصله : أنه إذا اشترى زوجته بطريق الوكالة لغيره وقلنا : إن الملك ينتقل للوكيل ثم الموكل لا ينفسخ النكاح .

قوله في أصل «الروضة» : فرع .

لو اشترى كافر مرتداً فوجهان لبقاء علقة الاسلام كالوجهين في قتل المرتد بالذمى . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من جـ .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح من الوجهين في الشراء هو عدم الصحة. كذا صححه هو في «شرح المهذب» وعبر بالأصح فاعلمه .

وهذا الكلام مذكور هنا قد ذكره الرافعي أيضاً، وهو يشعر بصحة البيع لأن الصحيح في المسألة المشبهة بها هو وجوب القصاص .

الأمر الثاني : أن الخلاف في إيجاب القصاص ليس هو وجهين كما قاله هنا ، بل هو قولان كما جزم به هو والرافعي في كتاب الجنايات .

وهذا الاعتراض لا يتوجه على الرافعي لأنه لم يصرح بقولين ولا وجهين، بل عبر بلفظ الخلاف فغيره النووي إلى ما تراه .

قوله : إذا كان في ملك الكافر عبد فأسلم لم يزل ملكه عنه، ولكن لا يقر في يده، بل يؤمر بإزالة ملكه عنه .

ثم قال : ولا تكفي الحيلولة .

نعم [لا تكفي] (١) الكتابة في أظهر الوجهين . انتهى ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في «الروضة» قد جعل الخلاف وجهين أيضاً ، ثم خالف في «شرح المهذب» فقال : وفي الكتابة قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما، وحكاهما إمام الحرمين والغزالي وجماعة وجهين : أصحهما باتفاقهم الاكتفاء بها .

هذا لفظه .

والصواب أنهما قولان فقد نص عليهما الشافعي في «الأم» في كتابة النصراني فقال : ولو أن نصرانياً ابتاع عبداً مسلماً، أو كان له عبد نصرانى

(١) في جـ : تكفي .

فأسلم ثم كاتبه بعد إسلام العبد على دنانير أودراهم أو شيء تحل كتابة المسلمين عليه أو لا تحل ففيها قولان .

أحدهما : أن الكتابة باطلة لأنها ليست بإخراج له عن ملكه .

ثم قال : والقول الثاني أن النصرانى إذا كاتب عبده المسلم بشئ يحل فالكتابة جائزة ، فإن عجز بيع عليه، وكذا إذا اختار التعجيز بيع عليه . هذا لفظه بحروفه ، ومن «الأم» نقلته .

فثبت أن الخلاف في الاكتفاء قولان منصوصان، ومراد الشافعي هنا في القول الثانى بالجائز هو الاكتفاء به بدليل قوله : فإن عجز بيع عليه .

الأمر الثانى : أن ما ذكره من أن الحيلولة لا تكفي، وأنه لابد من إزالة الملك يستثنى منه ما إذا كان قد دبره قبل إسلامه ،فإنه لا يكلف إزالة ملكه عنه في أصح القولين ،بل تكفي الحيلولة لما فيه من مصلحة العتق .هكذا ذكره [الرافعي في التدبير حكماً وتعليلاً .

فأما إذا وقع التدبير] (١) بعد الإسلام ففي الاكتفاء به وجهان نقلهما الإمام في باب المهادنة عن صاحب «التقريب» ،ونقلها أيضاً في «الذخائر»، وجزم الرافعي في الشرحين بأنها لا تكفي. وذكر ذلك في باب الكتابة، استدل به للقائل بأن الكتابة لا تكفي في إبقاء المسلم على ملك الكافر فقال: الكتابة لا تزيل الملك فصار كما لو دبره أو علق عتقه بصفة.

وقد ذكر المسألتين في «المحرر» فقال : ولو كان للكافر عبد مسلم فدبره ينقض تدبيره، ويباع عليه، وإن دبر عبده الكافر ثم أسلم العبد ولم يرجع السيد عن التدبير فينقص التدبير ويباع أو ينزع من يده، ويصرف كسبه إلى سيده ؟ فيه قولان: أحسنهما الثانى . هذا لفظه .

وتبعه النووي عليه في «المنهاج» .

والنقض الذى ذكره في «المحرر» هل معناه إبطاله بعد الحكم بصحته حتى لو مات السيد قبل إبطاله عتق العبد، أو معناه الحكم ببطلانه من أصله

---

(١) سقط من جـ .

وعلى الأول فهل يتوقف ذلك على لفظ أم لا ؟

فيه نظر .

وحكى الإمام في باب المهادنة في تعليق العتق طريقين :

أحدهما : أنه كالتدبير .

والثاني : لا يكفي قطعاً .

وحكاهما أيضاً في «الذخائر» .

قوله في أصل «الروضة» : ولو أسلمت مستولدة كافر فلا سبيل إلى نقلها إلى غيره بالبيع والهبة ونحوهما على المذهب.

وهل يجبر على إعتاقها ؟ وجهان .

الصحيح : لا يجبر، بل يحال بينهما ، وينفق عليها وتستكسب له في يد مسلم . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن تعبيره بالمذهب يقتضى أن في المسألة طريقين، فإن هذا هو اصطلاحه مع أن الرافعي لم يحكمها، ولم يصرح أيضاً بهما غيره، فاعلمه.

فإن تعبير النووي في غير هذا الموضع قد يوهم ذلك، والسبب في تعبير المصنف بهذا أن الرافعي عبر بالمذهب ، ولا اصطلاح له فيه، فتبعه عليه المصنف ذاهلاً عن اصطلاحه .

الأمر الثاني : أن هذا الكلام صريح في ـ استكسابها ـ في يد رجل، فإنه عبر بقوله : (مسلم) وهذا سهو .

وقد ذكره في كتاب أمهات الأولاد على الصواب فقال : تجعل عند امرأة ثقة . هذا لفظه .

والرافعي سالم من هذا الاعتراض ، فإنه عبر هنا بقوله : وتسكتسب له في يد غيره. هذا لفظه فغيره النووي إلى ما تراه .

الثالث : أن الشيخ في «التنبيه» قد عبر في كتاب النفقات عن هذين الوجهين باحتمالين ، وجعل محلهما عند تعذر استكساب الأمة .

وصرح به أيضاً النووي في «تصحيحه» على خلاف المذكور هنا من إجراء الخلاف مطلقاً، إلا أن الشيخ لم يصور المسألة بمن أسلمت عند كافر بل فيما إذا عجز السيد عن الإنفاق عليها أي: على أم الولد، ولا فرق بين التصويرين في هذا المعنى .

قوله من «زياداته» : قال المحاملي في «اللباب» : لا يدخل عبد مسلم في ملك كافر ابتداء إلا في ست مسائل : إحداها : بالإرث .

الثانية : يسترجعه بإفلاس المشتري .

الثالثة : يرجع في هبته لولده .

الرابعة : إذا رد عليه بعيب .

الخامسة : إذا قال المسلم أعتق عبدك عني فأعتقه وصححناه .

السادسة : إذا كاتب عبده الكافر وأسلم العبد ثم عجز عن النجوم فله تعجيزه .

وهذه السادسة فيها تساهل ، فإن المكاتب لا يزول الملك فيه ليتجدد بالتعجيز، وترك السابعة وهي ما إذا اشترى من يعتق عليه والله أعلم . انتهى كلام النووي .

ووافقه عليه ابن الرفعة في «المطلب» وغيره، والعجب منهما في هذا الكلام فقد تركا مع هذه المسألة السابعة التى اعتقدا أن لا ثامن لها مسائل كثيرة تزيد على ثلاثين مسألة :

إحداها : وهي في أبواب البيع : أن يرجع إليه بتلف معاملة قبل

القبض، وفي معناه ما إذا أتلفه متلف ، فإنا نخير البائع ،فإذا خيرناه فاختار الفسخ عاد العبد إلى ملك البائع الكافر .

الثانـية : أن يبيع الكافر عبداً مسلماً بثـوب، ثم يجد بالثوب عيباً فإن له أن يرد الثوب ويسترد العبد على الصحيح كما ذكره الرافعي والنووي في هذا الباب .

الثـالثـة : إذا تبايع كافـران عبداً كافـراً فأسلم العبد قبـل القبض، فإن المشترى يثبت له الخيار إذا قلنا : يمتنع عليه قبضه .كذا قاله الإمام .

وامتناع القبض قد صـححه الرافعي والإمام، فإذا فـسخ فقد دخل المبيع المسلم في ملك البائع الكافر .

الرابعـة : إذا باع الكافر العبد المسلم لمسلم بشرط الخـيار للمشترى، فإن الصحيح أن الملك لمن له الخيار، وبالفسخ يدخل في ملك الكافر .

[**الخامسة** : إن تبايع كافران، كافراً بشرط الخيار للبائع فيسلم العبد فإنه يدخل في ملك الكافر] (١) بانقضاء خيار البائع .

السـادسة : أن يرده عليه لا بالعيب، بل لفوات شـرط كالكتابة والخياطة ونحوهما .

ولو قـيل بأنه يمتنع على المشـترى رده بالـعيب إذا وقع الإسـلام في يده لكان مـتجهـاً لما حدث عنده من السـبب المقتـضى لرفع يده ويد أمثـاله من الكفار عنه .

السـابعـة : إذا اشترى ثماراً بعبد كافـر فأسلم ثم اختلطت الثمار وفسخ العقد كما هو مقرر في بابه .

الثامنة : إذا كان للكافر عبد مسلم مغصوب فباعه ممن يقدر على انتزاعه فعجز عن قبضه، فإن للمشترى أن يفسخ .

ومثله ما إذا باعه ،وهو غير مغصوب فغصب قبل قبضه .

---

(١) سقط من جـ .

التاسعة : إذا باعه من مسلم رآه قبل العقد ثم وجده المسلم متغيراً عما كان فله الفسخ .

العاشرة : أن يبيعه لمسلم وماله غائب في مسافة القصر فللكافر الفسخ لتضرره بالصبر إلى إحضار الثمن .

الحادية عشرة : أن يبيعه بصبرة من طعام ، ثم يظهر أن تحتها دكة أو غيرها فله الفسخ لأنه كالتدليس .

الثانية عشر : أن يبيع العبد المسلم لمسلم ثم يتقايلا فإنه لا يجوز إن جعلنا الإقالة نفعاً .

فإن جعلناها فسخاً وهو الصحيح فعلى الوجهين في الرد بالعيب كما قاله الرافعي .

الثالثة عشرة : من باب السلم أن يجعل الكافر عبده المسلم رأس مال سلم أو يجعل عبده الكافر كذلك ،ثم يسلم العبد، وينقطع السلم فيه، فإن الفسخ جائز .

وحينئذ فيعود المسلم إلى ملك الكافر على قياس ما سبق من المسائل .

الرابعة عشر : وهي من باب القرض أن يقرض عبده الكافر فيسلم العبد في يد المقترض فيجوز للمقترض الكافر أن يرجع فيه كما جوزنا له الرجوع في الهبة على ما سبق، بل أولى لأن القرض وضع للرجوع في شيء. أما العين المقترضة أو مثلها بخلاف الهبة فإنها لم توضع لذلك، بل الغالب على الواهبين ،وإن كانوا أصولاً عدم الرجوع .

وهذه المسألة إنما تستثنى إذا فرعنا على أن مالا مثل له يرد مثله صور.

وعلى أن المقترض يجوز له أن يرجع في غير ما أعطاه وهو الصحيح فيهما .

ولو أسلم في ملك الكافر فأقرضه لمسلم أو وهبه لولده المسلم فمقتضى

إطلاقهم الأمر بإزالة الملك أنه يكفي ذلك، وحينئذ فلا يختص جواز الرجوع بالمال المتقدم .

نعم في الاكتفاء بهما نظر ظاهر ، ويحتمل الاكتفاء ويمتنع الرجوع .

الخامسة عشر : وهي من باب الرهن ذكرها الرافعي فيه، وهي ما إذا ورث الكافر عبداً مسلماً أو كافراً فأسلم في يده ،ثم باعه، ثم ظهر دين على التركة أو حدث برد مبيع بعيب ونحوه فلم يقض الوارث الدين فإن الأصح فسخ البيع فيه، ويعود إلى ملك الوارث متعلقاً به الدين .

السادسة عشر : وهي من باب الوكالة أن يتوكل في شراء كافر معين أو غير معين فاشتراه ثم أسلم، وظهر أنه معيب، وأخر الوكيل الرد فلم يرد المالك أيضاً فإنه يقع عن الوكيل كما أوضحوه في باب الوكالة .

وحينئذ فقياس ما سبق من الصور عوده إلى ملك الكافر .

السابعة عشر : وهي من باب القراض أن يشترى العامل الكافر عبيداً للقراض ثم يقتسمان بعد إسلامهم ،فإن قياس المذهب صحته .

وحينئذ فيدخل المسلم في ملكه لأن العامل لا يملك حصته إلا بالقسمة.

الثامنة عشر : أن يجعله أجرة أو جعلاً، ثم يقتضى الحال فسخ ذلك بسبب من الأسباب .

التاسعه عشر : إذا التقط ملتقط شخصاً محكوماً بكفره بشرطه المعروف، وهو إما عدم التمييز أو في وقت النهب والغارة فأسلم، ثم أثبت كافر أنه كان ملكه، فإنه يرجع فيه، فإنهم قد صرحوا بأن التملك بالالتقاط كالتملك بالقرض .

العشرون : وهي من باب الوقف أن يقف على كافر أمة كافرة فتسلم ثم تأتى بولد من نكاح أو زنا فإنه يكون مسلماً تبعاً لأمه ، ويدخل في ملكه لأن نتاج الموقوف ملك للموقوف عليه على الصحيح .

الحادية والعشرون : وهي من باب الوصية أن يوصي لكافر بما تحمله أمته الكافرة من زوجها الكافر فيتقبل الموصى له الوصية بشرطه، ثم تسلم الجارية وتأتى بولد .

الثانية والعشرون : وهي من النكاح أن يتزوج المسلم أمة كافرة لكتابى ، فإنه يصح على الصحيح بالشروط المعروفة .

وحينئذ فإذا أتت بولد فإنه يكون مسلماً مملوكاً للسيد ، وهكذا لو نكحها وهو كافر ثم أسلم .

الثالثة والعشرون : إذا وطئ الكافر جارية مسلمة لولده، أو لولده فيها البعض فإنها تنتقل إليه، وتصير مستولدة له. كذا ذكره الرافعي، وهو في «الروضة» مترجم بالباب العاشر .

الرابعة والعشرون : إذا وطئ مسلم أمة لكافر على ظن أنها زوجته الأمة فالولد مسلم مملوك للكافر سواء كان الواطئ حراً أو عبداً .

الخامسة والعشرون : وهي من أبواب الصداق أن يصدق الكافر زوجته عبداً كافراً فيسلم العبد ثم يقتضى الحال رجوعه أو بعضه إلى الزوج إما بطلاق أو فسخ بعيب أو إعسار أو إسلام أو فوات شرط أو بالتحالف .

السادسة والعشرون : وهي من أبواب الخلع أن يخالع الكافر زوجته الكافرة على عبد كافر فيسلم ثم يقتضى الحال فسخ الخلع فيه إما بعيب أو فوات شرط أو غيرهما، فإنه يرجع إلى الكافرة .

السابعة والعشرون : من الجنايات إذا أسلم عبد الكافر بعد أن جنى جناية توجب مالاً يتعلق برقبته، وباعه بعد اختيار الفداء فتعذر تحصيل الفداء أو تأخر لإفلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس فإنه يفسخ البيع، ويعود إلى ملك سيده الكافر ثم يباع في الجناية كما قاله الأصحاب .

الثامنة والعشرون : إذا حضر الكفار الجهاد بإذن الإمام وكانت الغنيمة

أطفالاً أو نساء أو عبيـدًا فأسلموا بالاستقلال أو بالتبعـية، ثم اختار الغانمون التملك فـقيـاس المذهب أن للإمام أن يرضخ للكافر ممـا وجد لتقـدم سبب الاستحـقاق وهو حضور الوقعـة، وحصول الاختيار المقـتضى للملك على الصحيح .

التاسـعة والعـشرون : وهي من أبواب القسمـة أن يكون بين كافرين أو مسلم وكافر عبيـد مسلمون، أو بعضهم مسلم وبعضهم كافر فـيقتسمون ، وقلنا القسمة اقرار فقياس المذهب يقتضى الجواز .

وحينئذ فيدخل المسلم أو بعضه في ملك الكافر .

الثـلاثون : من أبوب العتق أن يعتق الكافر نصيـبه من عبد مسلم. فإن الباقى يدخل في ملكه، ويقـوم عليه كما نقله في البـيع من «شرح المهذب» عن البغوى وأقره عليه .

الحادية والـثلاثون : إذا أسلمت أمة الكافر ثم ولدت من غيره بنكاح أو زنا قبل زوال ملكه، فإنه يدخل في ملكه .

الثانيـة والثلاثون : وهي من أبواب الكتابة إن كاتب الكافـر عبده المسلم أو كافراً فيسلم ثم يشترى المكاتب عـبداً مسلماً أو تأتى أمته المسلمة بولد من نكاح أو زنا ثم يعجز نفسه، فإن أمواله تدخل في ملك السيد ،ومن جملتها المسلم الذى اشتراه وأولاد أمته .

الثالثـة والثلاثون : وهي من أمهات الأولاد أن تسلم مـستولدته ثم تأتى بولد من نكاح أو زنا فإنه يكون مملوكاً له ويثبت له حكم أمه .

الركن الثالث

قوله : وللمبيع شروط... إلى آخره .

هذه الشروط التى ذكرها موجودة في حريم الملك مع أنه لو باعه وحده لم يصح كما أجاب به العبادى ،ونقله عنه الرافعي في باب الإحياء، وأقره.

قوله : ويجوز بيع الفيلج ، وفي باطنه الدود الميت لأن بقاءه من مصلحته. انتهى .

والفيلج بفاء مفتوحة وياء بنقطتين من تحت ولام مفتوحة وجيم وهو القز .

قوله من «زباداته» : ويجوز بيعه يعنى القز وفيه الدود سواء كان ميتاً أو حياً، وسواء باعه وزناً أو جزافاً . صرح به القاضى حسين في «فتاويه». انتهى .

وما نقله عن القاضى من جواز البيع وزناً ونقله عنه أيضاً في «شرح المهذب» ،وعن آخرين وادعى أنه لا خلاف فيه، وليس كذلك، بل الصحيح المعروف أنه لا يصح بيعه وزناً لأن الدود الذى فيه يمنع معرفة مقدار ما فيه من المقصود ، وهو القز .

وقد جزم به الرافعي في أواخر السلم، وتبعه عليه النووي فقال في الفصل المعقود للإبريسم ما نصه :

ولا يجوز السلم في القز وفيه الدود حياً ولا ميتاً لأنه يمنع معرفة وزن القز، وبعد خروج الدود يجوز. هذا كلامه .

وصرح به أيضاً هنا أي: في البيع بخصوصه جماعات كثيرة، منهم إمام

الحرمين في باب النهى عن بيع الغرر عند الكلام على بيع المسك فقال ما نصه : وإنه إن بيع جزافاً جاز تعويلاً على الإشارة، وإن بيع وزناً لم يجز، فإن الدود لا يقصد بالوزن والقز المقصود بالوزن يكون مجهولاً بسبب الدود .

وجزم به أيضاً المحاملى في باب بيع الكلاب فقال : فأما بيع دود القز فإنه ينظر، فإن كان قبل أن ينسج على نفسه القز جاز بيعه جزافًا، وإن كان قد نسجه على نفسه ومات داخله لم يجز بيعه وزناً، وجاز جزافاً، ومتى نسج ومات ثم عاش ثم نبت له جناح ليثقب القز ثم يطير فلا يجوز بيعه بحال جزافًا ولا وزناً هذا كلامه، وجزم به أيضاً الرويانى في «الحلية» في باب اختلاف المتبايعين، والعجلى في «شرح الوسيط»، وابن الرفعة في «الكفاية».

قوله : وفي بيع بزر القز وفأرة المسك خلاف مبنى على الخلاف السابق في طهارته . انتهى .

والبزر بكسر الباء وفتحها ،والكسر أفصح هو البيض .

ووجه الجواز فيه على القول بالطهارة، وإن كان لا يؤكل لأجل أنه يخرج منه القز، وهو الدود . والقز يجوز بيعه .

وهذا الخلاف يطرد في كل بيض لا يؤكل إذا جاز بيع الفرخ الذى يخرج منه كالنسر والصقر بخلاف الرخمة وغيرها لأن هذا البيض لا يؤكل .

ويشترط في المبيع أن يكون منتفعاً به ، وهذا الذى ذكرته قد صرح به طوائف كثيرون من أصحابنا، منهم ابن الصباغ في «الشامل» في باب النهى عن بيع الغرر فقال : وأما بيض مالا يؤكل لحمه ففيه وجهان بناء على منبته .

أحدهما : أنه نجس ، فلا يجوز بيعه .

والثاني : أنه طاهر فيجوز بيعه إذا كان ينتفع به إذا كان يصير فرخاً لأنه لا ينتفع به في الأكل. انتهى .

وذكر القاضى أبو الطيب في «تعليقه» نحوه، وكذلك الشاشى في «الحلية» فقال : وفي بيض مالا يؤكل لحمه من الطيور التى يجوز بيعها وجهان في طهارة منى مالا يؤكل لحمه، وكذلك المتولى في المسألة الثانية عشر من الباب الثالث فقال : وهكذا بيض مالا يؤكل لحمه إذا كان فيه نفع، وذلك بأن يحضن تحت طير حي حتى يخرج فيه وجهان بناء على طهارته. انتهى .

وهكذا الشيخ في «المهذب» فقال : واختلف أصحابنا في بيع دود القز، وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور التى يجوز بيعها كالصقر والبازى هذا لفظه وكذلك القاضي مجلي في « الذخائر» فقال: وفي بيض القز وبيض مالا يؤكل لحمه من الطيور المجوز بيعها كالصقر والبازي. .إلى آخر ما قال.

ولما تكلم النووي على هذه المسألة في «شرح المهذب» ومحلها في آخر باب ما يجوز بيعه، وحكى وجهين مطلقين ثم قال : وأما قول المصنف : (من الطيور التى يجوز بيعها) فزيادة لا تعرف للأصحاب ، بل الصواب المعروف أنه لا فرق بين بيض مالا يجوز بيعه ، ومالا يجوز مما لا يؤكل لحمه كالرخمة وغيرها ، وفي الجميع الوجهان :

أصحهما : جواز بيعه لأن الخلاف مبنى كما ذكره المصنف والأصحاب على طهارة هذا البيض ونجاسته، والخلاف فيه شامل . انتهى كلامه.

وقد علمت أن ما قاله خطأ صريح مخالف للمنقول والمعقول، وكأنه لم ير في هذه المسألة إلا «النهاية» و«التحرير» للجرجانى ، فإنهما أطلقا الخلاف فتوهم أنهما أرادا النوعين ذاهلاً عن اشتراط المنفعة في البيع .

قوله : وهو على ضربين :

أحدهما : النجس الذى يمكن تطهيره كالثوب النجس والخشبة النجسة، والآجر النجس بملاقاة النجاسة فيجوز بيعها لأن جوهرها طاهر، وإزالة النجاسة عنه هينة ، انتهى .

واعلم أنه احترز بقوله : بملاقاة النجاسة عن الآجر المعجون بالزبل فإنه لا يمكن تطهيره كما عرف في كتاب الطهارة .

وحينئذ فلا يصح بيعه، ويلزم من ذلك فساد بيع الأشياء المبنية بها كالآدر ونحوها مما عمت به البلوى .

ولا فرق فيما تنجس بملاقاة النجاسة وبين المعجون بمائع نجس وبين غيره، لكنه إذا عجن به ثم تحجر بعد الطبخ أي لم يكن رخواً فإنه لا يطهر إلا إذا دق وصار تراباً ثم أفيض عليه الماء بخلاف الرخو فإنه يطهر ،وهو على هيئته كما ذكروه في الطهارة ، ومع ذلك يصح بيع الجميع لإمكان التطهير .

قوله : والثاني : مالا يمكن تطهيره كالخل واللبن والدبس إذا تنجست لا يجوز بيعها .

ثم قال : وأما الدهن النجس ففي بيعه خلاف مبنى على أنه هل يمكن تطهيره ؟

فإن قلنا : لا يمكن وهو الأظهر امتنع بيعه .

وإن قلنا : يمكن ،امتنع بيعه أيضاً في أصح الوجهين . انتهى ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي في «الشرح الصغير» حكى الخلاف المذكور هنا في طهارة الأدهان في الكلام على إزالة النجاسة، ثم إنه أجراه في كل مائع

تخريجا له على خلاف ما يقتضيه كلامه هنا فقال ما نصه : ولا يبعد أن يطرد الخلاف في الخل والدبس وسائر المائعات لأن إيصال الماء إلى أجزائها بالضرب والتحريك ممكن والغسالة طاهرة على الأصح، فلا يضر بقاؤها . هذا لفظه .

وهو ضعيف لأنه إن كان الماء قليلاً فلا يتصور أن يرد على جميع أجزاء المائع المذكور، وهو متغير لاختلاطه به بخلاف الدهن .

وإن كان كثيراً جداً بحيث يزول اسم المائع خرج عن المقصود، فإن الغرض فيه البيع، وأن يطهره وينتفع به على حاله .

الأمر الثاني : في كيفية طهارته على ذلك الوجه .

قال الماوردي : وكيفيتها أن يراق الدهن في قلتين من الماء ويحرك أشد تحريك حتى يصل الماء إلى جميع أجزائه .

قال في «شرح المهذب» : والصواب أنه إن أورد الدهن على الماء اشترط كون الماء قلتين .

وإن أورد الماء لم يشترط كونه قلتين ،بل يشترط فيه الغلبة للدهن كما في غسل سائر النجاسات .

قوله في المسألة : فهذا ترتيب الأصحاب ، وقيل : ما يمكن تطهيره جاز بيعه ، وإلا فوجهان .

قلت . هذا الترتيب غلط ظاهر ،وإن كان قد جزم به في «الوسيط» وكيف يصح بيع مالا يمكن تطهيره ؟ انتهى كلامه .

وهذه الطريقة التى ضعفها قوية جداً، فإن المبيع قد اجتمعت فيه شروط الصحة لأن الفرض أنه طاهر العين غير أنه متجنس، والنجاسة الطارئة لا تمنع الانتفاع به. فقوله: وكيف يصح تطهيره مجرد تهويل ودعوى بلا دليل.

قوله أيضاً من «زياداته» : قال المتولى . في بيع الصبغ النجس طريقان.

أحدهما أنه كالزيت .

والثانى : لا يـصح قطعاً لأنه لا يمكن تطهـيره ،وإنما يصبغ بـه الثوب ثم يغسل . انتهى .

والصحيح هى طريقة القطع، كذا صحـحها في «شرح المهذب» فقال : إنها المشهور والذي قطع بها الجمهور .

قـوله : وأما هبـة الدهن النجس والصـدقة به فـعن القـاضي أبى الطيب منعهما ،ويشبه أن يكون فيهما ما في هبة الكلب من الخلاف .

زاد في «الروضـة» على هذا فقـال : ينبغـى أن يقطع بصحـة الصدقـة به للإستصباح ونحوه . انتهى .

اعلم أن التصدق قد يراد به نقل اليد، وقد يراد به نقل الملك .

والمراد بما قالـه النووي إنما هو نقل اليد، وإن كـان كلامه يـوهم خلاف ذلك فاعلمه .

وقد أوضحه في «شرح المهذب» فقال : وأما قول الرويانى : يجوز نقل اليد عنه فهو كما قال: ولا يجيء فيه خلاف .

وأما تمليكه بالهـبة والصدقـة فينبغى أن يكون علـى الوجهين في الكلب وأولى بالجواز .

قوله من «زياداته» : قـال الشافعى : لا يـجوز اقتناء الكلب إلا لصـيد أو مـاشيـة أو زرع وما في مـعناها ، واتفقـوا على جـواز اقتنائه لتـعليم الصيـد ونحوه والأصح جواز اقتنائه لحفظ الدور والدروب .انتهى .

وأهمل مسألة وهى إتخاذه في السفر للحراسة ، فإنه جائز جزماً على ما قاله الماوردي والعجلى وغيـرهما، وجزم به النووي في أوائل مناسك الحج، وجعله مكروهاً .

ونقل في «شرح المهذب» عن القاضي الحسين أنه على الوجهين، واقتصر عليه، وأشار بقوله : وما في معناهما إلى أنه يلتحق النخل والشجر والكرم بالزرع وتلتحق الخيل والبغال والحمير بالمواشي .قاله في «شرح المهذب» .

قوله من «زياداته» : والأصح جواز تربية الجرو كذلك انتهى كلامه .

وأشار بذلك إلى الصيد وغيره مما تقدم ،وجواز التربية لذلك ليس على إطلاق ،بل يشترط أن يكون الجرو من نسك كلب معلم .كذا ذكره البغوى في «التهذيب» ولم يحك فيه خلافاً فقال : فإن جوزنا فإنما نجوز إذا كان من نسك المعلم .

وذكر في «النهاية» ما يقتضيه فإنه ترجم المسألة بقوله : ومن اقتنى جرو كلب صيود .

قوله : والأصح تحريم اقتنائه قبل شراء الماشية والزرع ،وكذا كلب الصيد لمن لا يصيد .انتهى .

واعلم أن المسألة الثالثة في كلام المصنف لها أقسام :

أحدها : أن يقتضيه من لا ينتفع به بالكلية ففيه وجهان حكاهما الماوردي فقال : فأما ما ينتفع به من كلاب الصيد والحرث والماشية إذا اقتناها ومن لا ينتفع بها ممن ليس له صيد ولا حرث ولا ماشية ففي جوازه وجهان :

أحدهما : يجوز اعتباراً بها لما فيها من المنفعة .

والثاني : لا يجوز اعتباراً بأربابها، وأن ليس لهم فيها منفعة .

وهكذا لو اتخذ صاحب الحرث كلب الماشية أو صاحب الماشية كلب حرث فإنه على هذين الوجهين . انتهى .

وذكر في «شرح المهذب» هذه الصورة، وقال : ظاهر كلام الجمهور القطع بالتجريم ،وأن ابن الصباغ حكى فيه وجهين .

القسم الثاني : وقد ذكره في «شرح المهذب» أيضاً فقال ولو أراد اتخاذ الكلب ليصطاد به إذا أراد، ولا يصطاد به في الحال ،وليحفظ الزرع والماشية إذا صار له فوجهان : أصحهما : لا يجوز . انتهى والحكم في هذا مشكل جداً إن كان صحيحاً، فإن الاقتناء للصيد جائز بالاتفاق، وتربية الجرو له أيضاً جائز على المعروف فكيف منعوا هذا .

القسم الثالث : ما ذكره في «الاستقصاء» فقال : هل يجوز لمن يصيد كالبزاز ،والبياع أن يقتنى الكلب ليصيد به إذا أراد، ولمن لا ماشية له ولا زرع أن يقتنيه لحفظه إذا حصل ؟ وجهان .

ثم قال : وإن اقتناه ولم يقصد شيئاً من ذلك، فإن قلنا في المسألة قبلها لا يجوز فها هنا أولى .

وإن قلنا هناك : يجوز . فها هنا وجهان . انتهى وهذا الذي حكاه في «الاستقصاء» حين يتجه ويتعين حمل ما نقله في «شرح المهذب» على هذه المسألة على أنه مريد له، ولكن قصر في التعبير أو على أن يكون قد فهم منه خلاف المراد .

فإذا تقرر ما قلناه فقوله في «الروضة» : لمن لا يصيد يحتمل أن يريد به من ليس شأنه الصيد سواء كان يحسنه أم لا ،وتدخل فيه مسألة «الاستقصاء» ومسألة الماوردي، وامتناعهما واضح، وأنه كانت الثانية أولى بالمنع من الأولى .

قوله : ولخلو شيء من المنفعة سببان .

أحدهما : القلة كالحبة والحبتين من الحنطة والزبيب وغيرهما ،فإن ذلك القدر لا يعد مالاً . انتهى كلامه .

وما ذكره من أنها لا تعد مالاً قد جزم بعكسه في أوائل الباب الثاني من كتاب الإقرار، وسأذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى .

قوله : ومع هذا فلا يجوز أخذ الحبة والحبتين من صبرة الغير إذ لو جوزناه لانجر ذلك إلى أخذ الكثير . انتهى .

ورأيت في «طبقات العبادي» أن الشافعى قال : يجوز أخذ الخلال والخلالين من خشب الغير .

قال العتابي : ورأيت للأصحاب ما يدل عليه، ثم استدل وأعني : العبادى بما لا دليل فيه .

قوله : فلو أخذ الحبة ونحوها أحد فعليه الرد، فإن تلفت فلا ضمان؛ إذ لا مالية لها .

وعن القفال أنه يضمن مثلها . انتهى .

فإن أخذ ما لا يتمول مما لا مثل له لم يلزمه شيء عند القفال . كذا نقله الغزالي في «البسيط» .

واعلم أن عبارة القفال في تلف الحبة والحبتين لم أبعد أن أوجب مثلها. كذا نقله الإمام في باب بيع الكلاب عن شيخه فقال : كان القفال يقول : إن تلفت لم أبعد أن أوجب مثلها .

قوله : ومنه ما ينتفع بلونه أو صوته كالطاووس والزرزور . انتهى .

وكلامه كالصريح في [أن] (١) الزرزور لا يؤكل وهو عجيب فقد جزم في باب الأطعمة بالحل ، وحكى الاتفاق عليه في «شرح المهذب» ،وضم معه في الشرح المذكور العندليب مع أن الصحيح فيه الحل أيضاً .

والزرزور بالضم .

قوله : وإن باع النحل وهى طائرة من الكوارة ففي «التتمة» أنه يصح، وفي «التهذيب» أنه لا يصح .

---

(١) سقط من أ .

فيه أمران :

أحدهما : أن شرط هذه المسألة أن تكون الأم حاصلة في الخلية. كذا صور المسألة ابن الرفعة في «شرح الوسيط» فقال : ولو كان البيع وهى طائرة والأم في الكوارة فمنهم من جوزه كبيع النعم السيبة فى الصحراء . هذا لفظه .

الأمر الثانى : أن الأصح من هذين الوجهين هو الصحة. كذا صححه النووي في «الروضة» من «زياداته» والفرق بينهما، وبين باقى الطيور حيث كان الأصح الصحة عند النووي وغيره من وجهين .

أحدهما : أنها لا تقصد بالجوارح بخلاف غيرها .

الثانى : أن هذه لا تأكل في العادة إلا مما ترعاه فلو توقف صحة البيع على حبسها لربما ضر بها أو تعذر بسببه بيعها بخلاف غيرها من الطيور فإنها تعلف .

قوله : الضرب الثانى : مالا ينتفع به فلا يصح بيعه كالخنافس .

ثم قال : وفي معناها السباع التى لا تصلح للصيد والقتال عليها كالأسد والذئب والنمر . انتهى كلامه .

وما ذكره في النمر قد خالفه في كتاب الصيد فجزم بأنه يصلح لذلك، ونقله عن الشافعى والأصحاب وأنكر على الغزالي في عده إياه مما لا يصلح، وسوف أذكر لفظه إن شاء الله تعالى في موضعه .

قوله : ونقل أبو الحسن العبادى وجهاً أنه يجوز بيع النمل بعسكر مكرم لأنه يعالج به السكر وبنصبين لأنه يعالج به العقارب الطيارة . انتهى .

واعلم أن السكر بفتح السين والكاف هو المسكر قال تعالى : ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ (١) .

---

(١) سورة النحل (٦٧) .

وكان الامتنان بذلك قبل نزول التحريم على أحد الأقوال المشهورة في الأية .

وعسكر مكرم مدينة من كور الأهواز، والأهواز من إقليم خراسان، ومكرم الذي نسب إليه هو مكرم الباهلى ،وهو أول من اختطها كما نقله ابن خلكان في «تاريخه» .

إذا علمت ذلك فاعلم أن هذا الكلام الذي نقلناه عن الرافعي ليس محرراً، ويتضح بمقالة الأطباء فيه فقالوا : إن النمل أنواع أجوده الطيار، وهو حار يابس ،وله منافع منها : أن بيضه يمنع نبات الشعر ،ويعمل منه دهن يدهن به فيزيد في إعطاء التناسل والباه، وإذا شرب بالشراب المسكر نفع من نهش الزبيلا والعقارب الجرارة .

وإذا أخذت منه عشرة عدد وطبخ بزيت ودهن به الشعر أفسده وحلقه، وإذا وقع جراحة بمراق البطن،وظهر السرر وعفن ،فإذا قطع العفن وأعيد السرر إلى مكانه وذر عليه من رماد النمل المحرق فإنه يبرئ الجراحة. انتهى.

فتلخص أن الشراب المسكر ينفع من نهش العقارب الجرارة بعد معالجته أى إصلاحه بالدهن المستخرج من بيض النمل الطيار فيجوز بيعه في البلدين المذكورين لكثرة عقاربهما. هذا معنى كلام الرافعي وتنزيله عليه صحيح، وليس فيه مالا يستقيم إلا قوله الطيارة، فالصواب تقديمها .

قوله : وعن القاضى الحسين وجه أنه يجوز بيع السباع التى لا تصلح للقتال ولا للصيد لأنها طاهرة والانتفاع بجلودها متوقع .

ثم قال : ولا يجوز بيع الحدأة والرخمة والغراب فإن كان في أجنحة بعضها فائدة جاء فيه الوجه المتقدم عن القاضى . هكذا قال الإمام .

لكن بينهما فرق ، فإن الجلود تدبغ فتطهر، ولا سبيل إلى تطهير الأجنحة . انتهى .

والذي قاله الرافعي لا يدفع هذا التخريج لأن المبيع حال العقد كان طاهراً ،والنجاسة العارضة لا تمنع الانتفاع به في الأشياء الجافة كاتخاذ النبل وغيره، وهذا المعنى هو مدرك القاضي في التخريج كما تقدم .

وأيضاً فإن لنا وجهًا أن الريش لا ينجس بالموت، فيجوز أن يكون هذا من القائلين بذلك وقد أشار النووي إلى الأول .

قوله في أصل «الروضة» : ويصح بيع العلق على الأصح لمنفعة امتصاص الدم . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذه المسألة فيها طريقان حكاهما في «شرح المهذب» فقال: فيه طريقان : أصحهما وبه قطع إمام الحرمين والغزالي والبغوى في : «شرح المختصر» والأكثرون : يجوز لأن فيه غرضاً مقصوداً، وهو امتصاصه الدم من العضو المتألم .

والطريق الثانى : فيه وجهان ،وممن حكاهما المتولى أصحهما : يجوز .

والثانى : لا لأنه حيوان مؤذ كالحية والعقرب هذا لفظه .

وبين الكلامين تباين فاحش ،فإن المجزوم به في «الروضة» إنما هو الطريقة الضعيفة وليته مع الجزم بها جعل الخلاف ضعيفاً فعبر بالصحيح ،بل جعله قوياً .

الأمر الثانى : أن ما نقله عن الإمام والغزالي من قطعهما بالصحة ليس كذلك، فإن الإمام ذكر المسألة في باب بيع الكلاب فقال : تردد القاضى في العلقة فألحقها في جواب بالديدان ومال في جواب إلى جواز بيعها لما فيها من منفعة مص الدم .

وأما الغزالي فلم يذكر المسألة في «الوجيز» ،وذكرها في «البسيط» وحكى فيها التردد المذكور من غير ترجيح فقال : ترددوا في بيع العلق

وحكاه في «الوسيط» ،ثم قال : والأولى الصحة .

قوله أيضًا في أصل «الروضة» : ولا يصح بيع الحمار الزمن الذي لا نفع فيه على الأصح . انتهى .

هذه العبارة أيضاً موضوعة لإثبات الخلاف القوى ، فإن القائل بالصحة هنا هو الذي يجوز الشراء لغرض الجلد كما صرح به الرافعي ، وكذلك النووي في «شرح المهذب» .

وقد صرح فيه أعني في «شرح المهذب» بأنه وجه شاذ ضعيف . هذا لفظه بعد أن نقل عن الجمهور القطع بالبطلان .

قوله : إحداها : آلات الملاهى كالمزامير والطنابير وغيرهما إن كانت بحيث لا تعد بعد الرض والحل مالاً فلا يجوز بيعها .

وإن كان الرضاض يعد مالاً ففي جواز بيعها قبل الرضاض وجهان :

أحدهما : الجواز لما فيها من المنفعة المتوقعة .

وأظهرهما : المنع لأنها على هيئتها آلة للفسق ، ولا يقصد بها غيره ما دام ذلك التركيب باقياً .

ونجرى الوجهين في الأصنام والصور المتخذة من الذهب والخشب وغيرهما .

وتوسط الإمام بين الوجهين فذكر وجهاً ثالثاً ،وهو أنها إن اتخذت من جواهر نفيسة صح بيعها لأنها مقصودة في نفسها، وإن اتخذت من خشب ونحوه فلا ، وهذا أظهر عنده .

وتابعه المصنف في «الوسيط»، ولكن جواب عامة الأصحاب المنع المطلق، وهو ظاهر لفظه هنا ، ويدل عليه خبر جابر المروى في أوائل الركن. انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضى هذا الكلام أن تجويز الإمام إنما هو في الذهب والفضة والزمرد ونحوها لأن هذه هى الجواهر النفيسة ،وليس كذلك ،بل جوزه الإمام في كل ما له قيمة كالنحاس والصفر والعود فإنه قد ذكر هذه المسألة في باب بيع الكلاب فقال : ألحق الأئمة مسائل بما ذكرناه في الحيوان منها بيع المعارف وآلات الملاهى .

فإن كانت بحيث لو كسرت الكسر المأمور به لم يكن رضاضها متمولاً، ولا يصح بيعها .

وإن كانت بحيث لو كسرت الكسر الواجب لكان رضاضها متمولاً ففي إيراد البيع عليها قبل الرض وجهان .

أحدهما : يبطل البيع نظراً إلى صفاتها ، ويعتضد هذا بإطباق الناس على استنكار بيع البرابط والطنابير .

والثاني : يصح بيعها لأن جرم الرضاض كائن فيها وهذا وإن كان قياساً فالعمل على الأول .

فأما إذا باع صوراً وأشباحاً كالأصنام وغيرها وكانت متخدة من جواهر ذات قيمة كالصفر والنحاس وغيرها فهى مكسرة على أربابها .

[والأصح] (١) جواز بيعها قبل التكسير، فإن جواهرها مقصودة بخلاف رضاض المعازف .

وذكر القاضى وجهاً في منع بيعها . هذا كلام الإمام وهو كما نبهنا عليه.

الأمر الثانى : أن هذا الوجه الذي تكلمنا عليه واختاره الإمام محله في المسألة الثانية ، وهي الصور والأصنام .

---

(١) في جـ : والصحيح.

وأما الأولى فلم يجزه، وبينهما فرق ، فإن آلة الفسق يقصد نهيها أكثر مما تقصد الصور ونحوها .

وقد جمع في «الروضة» بين المسألتين ،وحكى فيهما الأوجه الثلاثة، وأن الإمام اختاره فيهما ، وهو غلط سببه أنه لم يراجع «النهاية» حال الاختصار، وتوهم أن كلام الرافعي عائد إليهما فصرح به، لكنه لو تأمل آخر كلام الرافعي وهو استدلاله بخبر جابر لم يذكره، فإنه ليس فيه إلا الصور .

وقد فعل في «شرح المهذب» كما فعل في «الروضة» وزاد فنقل التفصيل المذكور عن صاحب «التتمة» مع أنه لم يذكره بالكلية، فإنه عقد لهما المسألة الثانية والثلاثين والثالثة والثلاثين من الباب الثالث، وحكى وجهين فقط، لكنه صحح في الأولى الجواز، ولم يصحح في الثانية شيئاً .

وما نقله عن الغزالي من حكاية الأوجه واختار التفصيل بينهما فصحيح إلا أنه لم يخصه بالجواهر النفيسة، فإنه قال : والأظهر إن كان من ذهب أو فضة أو عود أو شئ نفيس صح. هذا لفظ «الوسيط» .

قوله : والجارية المغنية إذا اشتراها بألفين ،ولولا الغناء لكانت تساوى ألفاً .

قال المحمودى : يبطل لأنه بذل مال في مقابلة معصية .

وقال الأودى : يصح .

وقال أبو زيد : إن قصد الغناء بطل، وإلا فلا . انتهى ملخصاً .

فيه أمور :

أحدها : أن الراجح هو الصحة. كذا صححه النووي في «زياداته» .

وقال الرافعي في «الشرح الصغير» : إنه القياس .

الأمر الثانى : أنه قد اضطرب التعبير عن الوجه الثالث، ففي نسخ معتمدة من هذا الكتاب إن قبل بالغناء عوضاً عن قصده وفي بعضها قصد

وهو المذكور في «النهاية» و«الروضة» .

الأمر الثالث : أن هذا التعليل المذكور للبطلان صريح في تحريم غناء المرأة، وقد ذكر ما يوافقه في الغصب أيضاً فقال في الباب الثانى في الطورائ على المغصوب :

فرع : لو زادت قيمة الجارية بتعليم الغناء ثم نسيته نقل الرويانى عن النص أنه لا يضمن النقص لأنه محرم، وإنما يضمن المباح .

وعن بعض الأصحاب أنه يضمنه ، ولهذا لو قتل عبداً مغنياً غرم تمام قيمته .

قال : وهو الاختيار . انتهى .

ثم ذكرها بين المسألتين وهما مسألة الغصب والبيع في كتاب الصداق كما ذكرهما في موضعهما .

وإذا علمت ذلك فقد صح في كتاب الشهادات أنه لا يحرم عليها ذلك، وسوف أذكر لفظه في بابه إن شاء الله تعالى .

ولا سبيل إلى حمل المذكور في غير الشهادات على ما إذا كانت تغنى بآلة محرمة لأنه يلزم منه الجزم بصحة البيع في كثير من الجوارى المغنيات أو أكثرها حتى يكون إطلاقهم خطأ .

ولم يصرح أحد بذلك ،بل : ولا أشار إليه ، وأيضاً فإن الرويانى قد استدل على أنه يضمن نقصانها بسبب الغناء فإنه مضمون في العبد المقتول، كما قدمنا أن الرافعي نقله عنه في كتاب الغصب ،فدل ذلك على أن غناء العبد ليس بآلة محرمة إذ لو كانت كذلك لما ضمن فيه أيضاً .

ويلزم حينئذ أن لا يستقيم قياس الجارية عليه إلا إذا كان غناؤها بآلة محرمة .

فدل ذلك كله على التحريم مطلقاً .

واعلم أن تحريم الغناء إذا كان بألة محرمة فيه نظر أيضًا، بل ينبغى بقاؤه على إباحته عند من يقول بها، وأن لا يحرم إلا الاستماع إلى تلك الآلة والعمل بها فقط ولعل هذا هو المراد من عبارتهم، وإنما ذكر الغناء لملازمة استماعه لها غالباً عند اجتماعهما .

وقد وقع هذا الاختلاف أيضاً للنووى في «الروضة» وأكد التحريم في باب الغصب فقال من «زياداته» الأصح المختار هو النص لأنها محرمة .

الأمر الرابع : أن الأوجه السابقة في بيع الجارية مفرعة على قولنا : إن الغاصب لا يضمن الغناء .

فإن قلنا : يضمنه . صح ،كذا قاله الرافعي في كتاب الصداق .

قوله من «زياداته» : ولو باع [إناء] (١) من ذهب أو فضة صح قطعاً لأن المقصود الذهب فقط . ذكره القاضى أبو الطيب . انتهى .

وما ادعاه هنا من القطع بالصحة ذكره أيضا من غير إعزائه إلى أحد في «شرح المهذب» هنا وفي «الروضة » في باب الآوانى ،وهو مشكل ،فقد تقدم قبل هذا أن الصحيح الذي عليه عامة الأصحاب أنه لا يجوز بيع آلات الملاهى والأصنام والصور المتخذة من الجواهر النفيسة وغيرها .

وعلله الرافعي بأنها على هيئتها آلة الفسق، ولا يقصد بها غيره مادام ذلك التركيب باقياً ،وهذا المعنى موجود في الإناء فكيف يصح فضلاً عن دعوى الاتفاق ؟

وقد نقل في باب الآنية من شرح المهذب ما نقله هنا عن القاضى ثم توقف فيه، وقال :

إذا قلنا بتحريم إتخاذ الأوانى فينبغى تخريج بيعها على الخلاف المشهور

(١) سقط من أ .

في بيع الجارية المغنية، وعلى ما قاله من هذا البحث يكون الصحيح الجواز.

لكن إلحاقـه بما قلناه أولى لاشتراكهـما في تحريم الهبـة وهل يلتحق بيع الصليب من النقدين بالأواني أم بالصنم ونحوه ؟

فيه نظر ،وقد يلوح الفرق بين مسألتنا ، وبين النظائر السابقة .

قـوله أيضـاً من «زياداته» نقـلاًعن المـتولى : والنرد إن صلح لـبـيـادق الشطرنج فكالشطرنج وإلا فكالمزمار . انتهى كلامه .

وما نقله عن المتولي هنا نقله في «شرح المهـذب» عنه أيضاً وأقره، وقد علمت مما قـاله في المسألة السـابقة إطلاق المنع في آلات الملاهـى. والصور والأصنام ،ولم يذكـر هذا التفصـيل فقـياسه هنا أن لا يصـح ، وإنما فصل صاحب «التتمة» هنا لأنه ذكر مثله هناك فقال في المسألة الثانية والثلاثين من الباب الثـالث من أبواب البيع : بيع المزمار والمعـزفة والطنبور ،ومـا جانس ذلك من آلات اللهو إن كان محلوله يصلح لمنفعة مباحة مقصودة ففي جواز بيعه وجهان :

أحدهما : وهو الصحيح : جوازه . هذا كلامه .

لا جرم أن البـغوى في «التـهذيب» لما كـان قائلاً بالتحـريم في الملاهي أطلق تحريم بيع النرد . هكذا صرح به في باب بيع الكلاب .

قوله : إحداهما : إذا باع مال الغير بغـير إذن وولاية ففيه قولان : الجديد أنه لاغ .

والقديم :أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك .انتهى .

واعلم أن هذا القول منصوص عليه في الجـديد أيضاً . كذا نقله الشيخ أبو مـحمـد في كتـاب القضـاء من «السلسلة» وسليم الرازي في «المجـرد» والروياني في «البحر» كلاهمـا في باب القراض، ونص عليه في «الأم» في أول كتاب الغـصب على ما نقله عنه في «المطلب» فقـال : إذا باع الغاصب الجارية المغـصوبة كان لرب الجارية أن يجـيز البيع إن أحب أن يأخـذ الثمن

الذي باع به الغاصب .

قال الربيع : فإنه بعد ذلك ليس له إلا جاريته والشراء مردود .

وعلق الشافعى في البويطى صحته على صحة الحديث فقال في آخر باب الغصب : إن صح حديث عروة البارقى (١) ، وكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير إذنه ثم رضى فالبيع والعتق جائزان . هذا لفظه .

ونقل البيهقى أنه علقه أيضاً على صحته في «الأم» .

قوله : ولو اشترى الفضولى لغيره نظر إن اشترى بعين مال الغير ففيه قولان .

---

(١) قال الترمذى : حدثنا أحمد بن سعيد الدارمى حدثنا حيان (وهو ابن هلال أبو حبيب البصرى» حدثنا هارون الأعور المقرئ (وهو ابن مرسى القارئ» حدثنا الزبير بن الخريت عن أبى لبيد عن عروة البارقى قال : دفع إلى رسول الله ﷺ لأشترى له شاة فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى النبى ﷺ فذكر له ما كان من أمره فقال له بارك الله لك في صفقة يمينك فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالا .

حدثنا أحمد بن سعيد الدارمى حدثنا سعيد بن زيد (هو أخو حماد بن زيد» قال حدثنا الزبير ابن خريت فذكر نحوه عن أبى لبيد .

قال أبو عيسى : وقد ذهب بعض أهل العلم إلى هذا الحديث وقالوا به وهو قول أحمد وإسحق ولم يأخذ بعض أهل العلم بهذا الحديث منهم الشافعى وسعيد بن زيد أخو حماد بن زيد وأبو لبيد لمازة بن زياداه .

قلت : قوله : إن الشافعى لم يأخذ به ،وهم، إنما علق الأخذ به على صحته ،وثم فرق بين أن يتركه وأن يعلق الأخذ به على صحته .

قلت : والحديث صحيح فقد صححه المنذرى والنووي والألبانى .

وقد أعله بعضهم بالجهالة في إسناده ،وبعضهم أعله بالإرسال، إلا أن الحافظ ابن حجر قال: والصواب أنه متصل في إسناده مبهم .

وقال الشيخ الألبانى : قلت : وتمام هذا التصويب عندى أن يقال : «وهذا لا يضر لأن المبهم جماعة من أهل الحى أو من قومه كما في الرواية الأخرى .

وإن اشترى في الذمة نظر إن أطلق، ونوى كونه للغير فعلى الجديد يقع للمباشر، وعلى القديم يقف على الإجازة، فإن رد نفذ في حق الفضولى ولو قال : اشتريت لفلان بألف في ذمته فهو كاشترائه بعين مال الغير ولو اقتصر على قوله اشتريت لفلان بألف ، ولم يضف الثمن إلى ذمته فعلى الجديد وجهان :

أحدهما : يلغو العقد .

والثانى : يقع عن المباشر .

وعلى القديم يقف على إجازة فلان، فإن رد ففيه الوجهان انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الروضة» و«شرح المهذب» . والصحيح من هذين الوجهين اللذين قد تكرر ذكرهما وقوع العقد عن المباشر، كذا صححه الرافعي في أثناء الباب الثامن من أبواب الوكالة في الكلام على البيع والشراء المخالفين أمر الموكل .

قوله : ولو اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه نظر إن لم يسمه وقع العقد عن المباشر سواء أذن ذلك الغير أم لا .

وإن سماه نظر إن لم يأذن له لغت التسمية وهل يقع عنه أم يبطل؟ وجهان .

فإن أذن له فهل تلغو التسمية ؟ وجهان فإن قلنا : نعم .فهل يبطل من أصله أم يقع عن المباشر ؟ فيه وجهان .

وإن قلنا : لا وقع عن الإذن، وهل يكون الثمن المدفوع قرضاً أم هبه ؟ وجهان . انتهى كلامه .

ذكر مثله في «الروضة» و«شرح المهذب» أيضاً .

فأما الوجهان الأولان فالصحيح فيهما على ما ذكرناه في المسألة السابقة

وقوع العقد عن المباشر وأما الخلاف المتأخر، وهو أنه هل يقع عن الآمر عن الإذن أم لا ؟

وإذا أوقعناه عنه هل يكون المعطى قرضاً أم هبة ؟ فقد تعرض له الرافعي قبيل الباب الثالث من أبواب الوكالة فقال : ولو قال لغيره اشتر عبد فلان لى بثوبك هذا أو بدارهمك ففعل حصل الملك للآمر ،ويرجع المأمور على الآمر بالقيمة أو المثل وفيه وجه أنه إذا لم نجر شرط الرجوع لا يرجع . انتهى كلامه .

وذكر مثله في «الروضة» و « شرح المهذب »، وصرح بأن الثانى وجه ضعيف، وحاصله وقوع العقد عن الآمر، وأن المعطى يكون قرضاً، ولكنه ذكر بعده بنحو صفحة ما يشكل عليه، وسوف أبين ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى .

قوله : وشرط الوقف عند أبى حنيفة أن يكون للعقد مجيز في الحال مالكاً كان أو غير مالك ،حتى لو أعتق عبداً لطفل أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ .

والمعتبر إجازة من ملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ وكذا لو باع مال الغير ثم تملكه وأجاز .

وقال الشيخ أبو محمد . ولا يخالف في ذلك أبو حنيفة إذا فرعنا على القديم . انتهى كلامه .

وهذا الكلام الذي ذكره الرافعي معناه واضح ولكنه غير محرر في التعبير، واشتمل على تكرار ،فإن قوله : (والمعتبر إجازته إلى آخره) يعنى غير ما تقدم، والواقف عليه يتوهم غير ذلك .

قوله :وذكر إمام الحرمين أن العراقيين لم يعرفوا القول القديم، وقطعوا بالبطلان .

وهذا إن استمر اقتضى كلامه إعلامه بالواو وإنما توقف فيه وما ألفيته من كتب العراقيين هو الاقتصار على ذكر البطلان لا نفي الخلاف . انتهى ملخصاً .

وما ذكره الرافعي من أن الذي وجده في كتب العراقيين إنما هو البطلان غريب، فقد نص عليه القاضى أبو الطيب في كتاب الوكالة في الكلام على ما إذا وكله في شراء شاة، فاشترى شاتين .

وكذا ابن الصباغ في الوكالة أيضاً في المسألة المذكورة في باب الأضحية، وسليم الرازى في كتاب القراض من «المجرد» ،وبالغ فنسبه أيضاً إلى الجديد كما تقدم .

ولم يذكر النووي في «الروضة» قول الرافعي أنه لم يجده ؛بل ذكر قول الإمام ، ثم استدرك عليه فقال : قلت : قد ذكر هذا القديم من العراقيين المحاملى في «اللباب» والشاشى صاحب «البيان» ،ونص عليه الشافعى في «البويطى»، وهو قوى في الدليل .وهذا لفظه .

وجميع ما ذكره في هذا الزيادة غير صحيح؛ أما المحاملى فلا شك أنه عراقى ، لكنه لم يصرح في ، هذا الكتاب ،الذي نقل عنه وهو «اللباب» بالمسألة بخصوصها ،فإنه عذذ تنوعاً للشافعى فيها قولان، ثم عبر في أثنائها بقوله: وبيع تعريف الصفقة ، وبيع الموقوف . هذا لفظه من غير زيادة عليه .

ولا شك أن قولى الوقف يطلقان على هذه المسألة ،وعلى من باع مال أبيه ظاناً حياته.

وقد صرح هو في «الروضة» بعد هذا بأسطر قلائل بذلك .

وإذا كانا يطلقان على كل من الصورتين لم يؤخذ منه حكاية الخلاف في بيع الفضولى ،لأنه قد يريد المسألة الأخرى .

وأما صاحب «البيان» فنقله عن الفوراني ،وهو من الخراسانيين، والشاشي نقله عن القاضي الحسين وهو منهم أيضاً .

وأيضاً فإن هذين لم يلتزما طريقة واحدة حتى ينقص بها، بل خلطا طريقة بطريقة، وأيضاً فإنهما متأخران عن الإمام .

وأما النقل عن البويطي فليس فيه الجزم بالصحة بل التعليق كما سبق، وقد سبق من النقول الصريحة ما فيه غنية عنه، وإن كان قد قال في «شرح المهذب» : إن جميع من حكاه إنما حكاه عن القديم .

وأما دعواه بأنه قوي فباطل، فإن أقوى ما فيه حديث عروة، ولا يمكن حمله على هذه المسألة ،فإنه قد باع وسلم .

والقائل بالصحة في هذه المسألة لا يجوز عنده التسليم إلا بإذن ،كما صرح به في «شرح المهذب» ،فتعين حمله على أنه كان وكيلاً للنبي ﷺ في بيع ما يراه من أمواله الموجودة ،والتي ستحدث .

ويكون هذا الحديث دليلاً على صحة هذا التوكيل .

وقد حكى الرافعي في صحته احتمالين من غير ترجيح مستدلاً للصحة بهذا الحديث، ذكر ذلك في كتاب الوكالة، وثبت هناك أن المنقول هو الصحة .

قوله : الثالثة : لو باع مال أبيه على ظن أنه حي فبان ميتاً صح العقد في أصح القولين . انتهى ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهما : أن حكاية الخلاف في هذه المسألة قولين ذكره القاضي أبو الطيب في آخر باب العفو عن المهر من تعليقه، والداوودي في «شرح المختصر» في باب عدة المفقود، وجزم به النووي في «الروضة» وصححه في

«شرح المهذب» هنا فقال ما نصه : فقولان وقيل : وجهان هذا لفظه .

وحكاه جماعة وجهين منهم الشيخ أبو حامد في باب عدة المفقود من تعليقه، والبندينجى والماوردي في الموضع المذكور ،والقفال في «شرح التلخيص» في كتاب الوصايا في ذكر [ما يعتد به] [1] من أصول الكوفيين .

وصححه النووي في «شرح المهذب» في باب المسح على الخفين فقال: ففي صحته وجهان ،وقيل : قولان : هذه عبارته .

والصواب أنهما قولان فقد قال الإمام في الوكالة في الكلام على افتقار الوكالة إلى القبول إن الشافعى نص عليهما في الجديد، وذكر الشيخ أبو حامد أن الخلاف في هذه المسألة إنما هو في الباطن، وأما في الظاهر فإنه مؤاخذ به كذا ذكره في آخر باب العفو عن المهر .

الأمر الثانى : أن التمثيل بهذا ونحوه إشارة إلى فرع ذكره الإمام في كتاب الرجعة ،ونقله عنه في «المطلب» هنا فقال : لو باع عبداً على أنه ملك لغيره، فبان ملك نفسه صح لأن الجهل لم يستند إلى أصل .

ولو باع مال أبيه ظاناً حياته فقولان، ووجه المنع أنه استند إلى أصل، وهو بقاء ملك الأب .

قوله : ولو غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى فقولان .

أظهرهما : بطلان الجميع .

والثانى : للمالك أن يجيزها ،ويأخذ الحاصل منها لعسر بيعها بالإبطال. انتهى .

ذكر مثله في «الروضة» وفيه أمران :

(١) في جـ : ما شذ.

أحدهـما : أن محله إذا تصرف في العين ، فـإن باع سلما أو اشترى فى الذمـة وسلم المغصـوب فيـما التـزمه وربح فـالربح للغاصب في الجـديد، وللمالك في القديم .

وعلى هذا فقـيل : إنه موقوف على إجازته، والأكثـرون قالوا : إنه له جزماً للمصلحة .كذا ذكره الرافعي في الباب الثانى من أبواب القراض.

الأمر الثانى : أن هذين القولين مفرعان على الجديد كما ذكره في «شرح المهذب» .

قـوله : ولا يبـعد تشـبـيه هذا الخـلاف، بالخـلاف في أن بيع الهـازل هل ينعقد؟ وفيه وجهان . انتهى .

والأصح في الهاذل انعقاد بيعه، وسائر تصرفاته .

كذا صححه الرافعي في كتاب الطلاق إلا في الطلاق والعتاق، فإنه جزم فيهما بالنفوذ .

قوله : ويـجري القولان فـيمـا إذا زوج أمة أبيـه على ظن أنه حي ثم بان موته، هل يصح النكاح ؟

فإن صح فقـد نقلوا وجهين فيمـا إذا صرح بالتعليق فـقال : إن مات أبى فقد زوجتك هذه الجارية . انتهى .

فيه [أمران] (١) :

أحدها : قد استفدنا من هذا الكلام أن الشروط المعتبرة في صحة النكاح لا يشترط علم المتعاقدين بها، بل يكفي وجودها في نفس الأمر .

وقد ذكر أيضاً مـا يوافقه في كتاب العدد في الكلام عـلى زوجه المفقود فقـال : وإذا مضى عليـه أربع سنين فاعـتدت المرأة ،وتزوجت ثـم ظهر أن

---

(١) سقط من أ .

الزوج كان ميتاً عند التزويج فعلى القديم لا إشكال، وأما على الجديد فإنه يخرج على القولين فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حى فبان ميتاً .

إذا علمت ذلك فقد ذكر في باب الربا ما يخالفه فقال : ولا يجوز بيع الربوى بجنسه جزافاً ولا بالتخمين والتحرى، فلو باع صبرة بصبرة وخرجتا متما ثليتن لم يصح، لأن التساوى شرط، وشرط صحة العقد تعيين العلم به عند العقد .

ولهذا لو نكح امرأة لا يعلم أهى أجنبية أم معتدة أم لا ؟ لم يصح النكاح . انتهى .

وقريب منه ما إذا عقد شهادة خنثيين، ثم تبين أنهما رجلان .الأصح فيه الصحة . كذا قاله النووي من زياداته في النكاح، قال : بخلاف نظيره من الصلاة لأن النية شرط فيها، وهى مترددة بخلاف الشهادة، لكن يشكل على هذا ما جزم به الرافعي في كتاب القضاء قبيل الطرف الثانى، ووافقه عليه النووي أن الإمام لو ولى رجلاً للقضاء وهو لا يعرف حاله لم تصح توليته، وإن ظهر كونه بالصفة المشروطة .

الأمر الثانى : أن تصوير المسألة الثانية بقوله : إن مات أى لا يستقيم لأن هذا تعليق على مستقبل وإن كان لفظه ماضيًا ، والتعليق على المستقبل لا يصح بالاتفاق كما لو قال : إن قدم زيد أو طلعت الشمس فقد بعتك، فالصواب تصوير هذه المسألة بقوله : إن كان أبى قد مات ، وقد صورها الإمام في كتاب النكاح بذلك .

الأمر الثالث : أن الصحيح في هذه المسألة، وهى ما إذا صرح بالتعليق أنه لا يصح .كذا صرح به في «الروضة» في كتاب النكاح فقال : لم يصح النكاح على المذهب ،وبه قطع الجمهور ،وقيل : وجهان .

هذا لفظه في هذه المسألة ،وفي نظائرها ،وهو مخالف لما جزم به في

«الروضة» هنا تبعاً للرافعى من طريقة الوجهين .

الأمــر الرابع : إنه إذا أذن له في الشراء بشئ معين ثم اخـتلفا، وجعلنا الجارية للوكـيل ظاهراً وهو يزعم أنها للمـوكل فيقـول : إن كنت أمرته أن يشريها بعشرين مثلاً فقد بعتك إياها بعشرين فيقبل الوكيل .

وحينئذ فـيصح البيع على الصحـيح كما قاله الرافـعي، وعلله صاحب «الشامل» بأنه أمـر واقع يعلمان وقوعـه مثل إن اتفقـا على أن الشئ المذكور ملك لأحدهما فيقول : إن كان ملكى فقد بعتكه فيصح .

وكذا لو شرط علم وجوده لأنه لا يؤدى إلى وقوف البيع . هذا كلامه.

إذا علمت ذلك فتكون صورة المسألة هنا أيضاً، وفي جميع نظائرها فيما إذا لم يعلما موت الأب وغيره من الشروط المعلق عليها ،فإن علما صح.

قـوله :وذكر الإمـام أن الصـحة على قـول الوقف بأجـرة ،لكن الملك لا يحصل إلا عند الإجازة .انتهى .

وسيـأتى أن الوصية للوارث إذا صـححناها مـوقوفة على الإجـازة فهل تكون إجازته تنفـيذاً أو ابتداء عطيـة ؟ فيه خلاف ،والقـياس أن يأتي ذلك بتفاريعه هناك هنا فراجعه .

وما نقله عن الإمـام وأقره هو والنووي عليه هو معنى مـا في «المحرر»، فإنه جزم بأنه ينعقد موقوفاً ولا معنى للانعقاد إلا الصحة .

نعم كلام الرافعي في العدد يفهم أن الانعقاد موقوف .

قوله: عن الإمام إن الوقف يطرد في كل عـقد يقبل الإستنابة كالبـياعات والإجارات والهبات والعتق والطلاق والنكاح وغيرها . انتهى كلامه .

وهذا الذي نقله هنا عن الإمـام وارتضـاه من جريان الـقولين في العـتق والطلاق قد ذكر في مـوضعين من هذا الكتاب ما يخـالفه ، وأن القولين لا

يجريان فيهما .

أحدهما : في كتاب الضمان في الكلام على ضمان المجهول فقال ما نصه: ومنها لو كان لأبيه دين على إنسان فأبراه، وهو لا يعلم موت مورثه إن قلنا : البراءة إسقاط صح، كما لو قال لعبد أبيه أعتقتك ،وهو لا يعلم موت الأب .

وإن قلنا : تمليك فهو كما لو باع مال أبيه على ظن أنه حى، وهو ميت. انتهى كلامه .

وهذا صريح في أن القولين لا يجريان في العتق وأنهما إنما يجريان في التمليكات لا في الإسقاطات .

والموضع الثاني: في أوائل نكاح المشركات فقال ما نصه :وحيث توقفنا في النكاح وانتظرنا الحال إلى انقضاء مدة العدة، فلو طلقها قبل تمام العدة فالطلاق موقوف أيضاً، فإن اجتمعا على الإسلام في العدة تبين وقوعه ،و تعتد من وقت الطلاق وإلا فلا طلاق ، وحكى الإمام أن من الأصحاب من جعل الطلاق على قولي وقف العقود، وقال : لا يقع في قول ، وإن اجتمعا على الإسلام .

وأجراهما : فيما إذا أعتق أمة أبيه على ظن كونه حياً فبان ميتاً .

والمذهب الأول، فإن الطلاق والعتاق يقبلان صريح التعليق ،فأولى أن يقبلا تقدير التعليق. انتهى .

قوله : الشرط الثانى : القدرة على التسليم فلا يجوز بيع الضال والآبق والمغصوب إلى آخره .

فيه أمران :

أحدهما : أن في المنع من بيع هؤلاء إشكالاً ،وذلك أن إعتاقهم جائز بلا شك، وصرحوا بأن العبد إذا لم يكن في شرائه منفعة إلا حصول الثواب

بالإعتاق كالعبد الزمن صح بيعه، وإعتاق المبيع قبل قبضه صحيح على الصحيح، ويكون قبضاً فلم لا صح بيع هؤلاء إذا كانوا زمنى ،بل مطلقاً لوجود منفعة من المنافع التى يصلح لها الشراء .

الأمر الثاني : قال الثعالبى في كتاب «سر اللغة» في آخر الفصل الثالث من الباب الثالث أنه لا يقال للعبد : آبق إلا إذا كان ذهابه من غير خوف ولاكد في العمل، وإلا فهو هارب .

قوله : فإن باع المغصوب ممن يقدر على انتزاعه صح في الأصح، ثم قال: لكن لو عجز عن الانتزاع لضعف عرض له أو قوة عرضت للبائع، فله الخيار، وفيه وجه أشار إليه الإمام . انتهى كلامه .

وما نقله عن الإمام ليس مطابقاً له، فإن كلام الرافعي في عجز المشتري والإمام فرضها في عجز البائع .

قوله : ولو باع السمك في بركه صغيرة يمكن أخذه منها بلا تعب صح،وإن كانت كبيرة فوجهان أظهرهما : المنع .

ثم قال : وهذا كله فيما إذا لم يمنع الماء رؤية السمك، فإن منع فعلى قولى بيع الغائب إلا أن لا يعلم قلة السمك وكثرته ولا سيئاً من صفاته فيبطل بلا [محالة] (١) . انتهى .

وعبر في «الروضة» بقوله : فلا يصح قطعاً، وفي «شرح المهذب» بقوله: بلا خلاف وما قالاه من نفي الخلاف ليس بصحيح ،فسيأتى بعد هذا في التفريع على صحة بيع الغائب وجه أنه لا يشترط ذكر جنس المبيع، ولا قدره ولا صفته حتى لو قال : بعتك ما في كى أو ميراثى من أبى وهما لا يعلمانه صح .

قوله من «زياداته» : ولو باع ثلجاً أو جمداً وزناً وكان ينماع إلى أن يوزن

---

(١) في جـ : مخالفة .

لم يصح على الأصح .

وسيأتى هذا إن شاء الله تعالى في المسائل المنثورة في آخر كتاب الإجارة. انتهى كلامه .

واعلم أن هذه المسألة قد ذكرها في الفصل [الأول] (١) المعقود للمسائل المتعلقة بالباب الأول فصورتها على ما ذكره هناك [إنما هو في تلف البعض خاصة . وأما إذا كان يتلف كله فيبطل جزماً . هذا حاصل ما ذكره هناك] (٢) وسنذكر لفظه في موضعه .

وأيضاً فبتقدير ما فرضه، وهو أن ينماع جميعه فله حالان :

أحدهما : أن يكون على الأرض ،فلا إشكال في البطلان .

والثاني : أن يكون في إناء فينظر إن عبر بقوله : بعتك هذا كل رطل بكذا ، ولم يذكر الجمد ،فلا يتأتى الخلاف، بل يصح جزماً لأن بيع الماء بالوزن صحيح ، وإن عبر بقوله : هذا الجمد فيتجه تخريج الصحة فيه على الخلاف المشهور في الإشارة والعبارة .

قوله : وذكر بعض شارحى «المفتاح» أنه لو باع داراً إلا بيتاً في صدرها لا يلي شارعاً ولا ملكاً له على أنه لا ممر له في المبيع لا يصح البيع.انتهى.

وما نقله عن الشارح المذكور وأقره ،ولم يذكر ما يوافقه ،ولا ما يخالفه، قد تابعه عليه أيضاً في «الروضة» .

وقد صرح بالمسألة في «شرح المهذب» وحكى فيها وجهين، وقال : أصحهما : البطلان إلا أن الرافعي في الركن الثاني من كتاب الشفعة قد ذكر ما حاصله الجزم بالصحة،وسأذكره في موضعه إن شاء الله فراجعه .

قوله : كما لو باع ذراعا معينا من أرض أو دار فإنه يصح . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

اعلم أن بيع الدار يتناول الأبنية بلا شك، فيدخل في الذراع المعين ما يسامته من الأبنية، وسيأتي أن بيع النصف المعين من الجدار لا يصح في بعض الصور فاعلمه .

قوله في أصل «الروضة» : ولو أعتق الجاني، فإن كان السيد معسراً لم ينفذ على الأظهر ،وقيل: لا ينفذ قطعاً .

وإن كان موسراً نفذ على أظهر الأقوال .

والثالث موقوف إن فداه نفذ وإلا فلا . انتهى .

حكى الرافعي طريقة قاطعة بالنفوذ في الموسر، ولم يذكرها في «الروضة» .

قوله : واستيلاد الجارية الجانية كإعتاقها . انتهى .

اعلم أن في استيلاد الجارية المرهونة ثلاثة طرق :

أحدها : القطع بالنفوذ . **والثاني** : القطع بعدمه .

والثالث : على الأقوال الثلاثة في إعتاقها، والقياس جريان هذه الطرق، واستيلاد الجانية أيضاً .

قوله في أصل «الروضة» : ومتى فدى السيد الجاني فالأظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد، والثاني : يتعين الأرش وإن كثر . انتهى كلامه .

وقد تقدم فيما يلزم فيه الفداء ثلاث مسائل وهى : البيع والإعتاق والاستيلاد، وقد جزم فيها بإثبات قولين .

وهذا الذي جزم به هو طريقة ضعيفة، والمشهور في المسائل الثلاث إنما طريقة القطع بالأقل ومحل القولين إنما هو في الفداء مع إمكان بيعه هكذا ذكره الرافعي والمصنف في كتاب الجنايات في أواخر باب العاقلة، وستعرف لفظه هناك .

والرافعي ـ رحمه الله ـ سالم من هذا الاعتراض، فإنه عبر بقوله : فيه خلاف يأتي في موصعه . والأصح الأول . هذا لفظه .

فلم يذكـر أن الخلاف قولان ولا وجـهان ولا طريقـان ،وليس له فـيه اصطلاح فـتصـرف النووي في كـلامه ذاهلاً عن المـذكور هناك،فـوقع في الغلط .

قـوله مـن «زياداته» : ولو ولـدت الجـارية لم يـتـعلق الأرش بـالولد قطعاً،ذكره القاضى أبو الطيب في نماء الرهن ، والله أعلم .

وهذا الكلام يقتضى أن هذا النقل غريب مع أن الرافعي قد صرح به في موضعين من كتابه :

أحدهما: في النكاح في الكلام على الولاية على الرقيق .

والثـانى: في أواخر باب العاقلة، وهو الموضع اللائق بالمسألة فإنه هناك ذكر أحكام جناية الأرقاء .

قوله : فأما إذا أوجبت الجناية القصاص فطريقان :

أحدهما : طرد القولين، ثم قال :وأصحهما : القطع بالصحة . انتهى.

تابعه في «الروضة» على تصحـيح طريقة القطع ثم خالف في «المنهاج» فجزم بطريقة القولين ،فإنه عبر بالأظهر .

قـوله : ولو أعـتق السـيـد العـبـد الجـانى جناية توجـب المال فـأصح [الطريقين] (١) نفوذه من الموسر دون المعسر .

أما عند اليـسار فلأنه بسـبيل من نقل حق المجنى عليه إلى ذمـته باختـيار الفداء . انتهى كلامه .

وما ذكره من انتقال الحق إلى ذمتـه باختياره للفداء قد تكرر منه في هذا

---

(١) في ب، جـ : القولين .

الفصل، وعبر عنه بعبارات مختلفة، وتبعه النووي عليه وهو خلاف الصحيح، فقد قال ـ أعني : الرافعي ـ في آخر باب العاقلة : ولو قال السيد: اخترت الفداء ، وقال : أنا أفديه فوجهان :

أحدهما : يلزمه الفداء ولا يقبل رجوعه.

والصحيح : أنه لا يلزمه، بل يبقى خياره كما كان . انتهى واللفظ «للروضة» .

الشرط الخامس
كون المبيع معلوماً

قوله : وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه لو قال : بعتك أحد عبدي أو عبيدي الثلاثة على أن تختار من شئت في ثلاثة فما دونها يصح العقد .

وغرب المتولي فحكى عن القديم قولاً مثله، ثم قال : ووجه المذهب القياس على ما إذا زاد العبيد [على] (١) الثلاثة أولم يجعل له الاختيار أو زادوا على الثلاث أو فرض ذلك في الثياب والدواب وغير العبيد، وعلى النكاح . انتهى كلامه .

وما ذكره عن أبي حنيفة من البطلان في الثياب قد نقل بعد ذلك عنه عكسه فقال في الكلام على خيار الشرط: الثالثة : لو باع عبدين بشرط الخيار في أحدهما لا على التعيين فسد العقد، وقال أبو حنيفة : يجوز في العبدين والثوبين والثلاثة ، ولا يجوز في الأربعة وما زاد كما قال في البيع. هذا كلامه .

وذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضاً ،واعلم أن النووي في «الروضة» لما حكى هذا القول القديم لم يصرح باشتراط هذه القيود كما صرح به الرافعي وإنما ساقها مساق المثال فاعلمه واجتنبه .

قوله :ولو لم يكن إلا عبد واحد فحضر في جماعة من العبيد، وقال السيد، بعتك عبدي من هؤلاء والمشتري يراهم ،ولا يعرف عين عبده فحكمه حكم بيع الغائب .قاله في «التتمة» .

وقال صاحب «التهذيب» : عندي أن هذا البيع باطل لأن المبيع غير متعين. انتهى .

(١) سقط من أ .

لم يصحح شيئاً في «الروضة» أيضاً، والأصح ما قاله البغوى، كذا صححه في «شرح المهذب» وعبر [بالأصح] (١) .

قوله : ولو باع الجملة واستثنى جزءاً شائعاً جاز. مثاله :بعتك ثمرة هذا البستان إلا ربعها وقدر الزكاة منها . انتهى .

قال الماوردي في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمر : ولابد من ذكر قدر الزكاة في البيع أعشر هو أو نصف عشر .

وقال مالك : ليس يلزم ذكر القدر لأن العلم به شرعاً يغنى عن ذكره شرطاً [وهذا ليس بصحيح لأنه لو كان علمه بالشرع يغنى عن استثنائه بالشرط لكان العلم] (٢) بوجوب الزكاة يغنى عن اشتراط الزكاة . انتهى .

وجزم في «البحر» بوجوب ذكره أيضاً ،ثم إذا استثنى قدر الزكاة فأراد المشترى أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان حكاهما الماوردي في الباب المذكور :

أحدهما : يجوز لأنه يحل في ذلك محل البائع، وقد كان ذلك جائزاً للبائع .

والثاني : لا ،لأن المشترى لم يملك قدر الزكاة بعقد ولا غيره، وإنما هو كالوكيل فيها بخلاف البائع، قال الروياني في «البحر» :وهذا هو المذهب الذي لا يجوز أن يقال غيره عندى .

وما قالاه يقتضى أنه يجوز للبائع إمساك ذلك المقدار وإخراج الزكاة من غيره .

قوله : ولو باع ذراعاً من أرض أو ثوب يعلمان ذرعانه ثم اختلفا فقال المشترى: أردت الإشاعة حتى يصح العقد ، وقال البائع: بل أردت معنياً

---

(١) فى ب : بالأظهر .

(٢) سقط من أ .

حتى يفسد ففي المصدق منهما احتمالان انتهى .

قال النووي في «الزيادات» : أرجح الاحتمالين يصدق البائع حتى يفسد .

واعلم أنه إذا قال : قارضتك على أن نصف الربح لك صح على الأصح .

وإن قال : على أن نصفه لى لم يصح في الأصح على ما تعرفه في القراض، فعلى هذا إذا قال : خذ المال قراضاً بالنصف ،فالأشبه كما قاله في «المطلب» أنه يصح تنزيلاً على شرط النصف للعامل، وكلام سليم في «المجرد» يشير فيه إلى الوجهين ،ثم قال أعنى سليماً : وإذا قلنا بالصحة،فقال رب المال : أردت أن النصف لى فيكون فاسداً ،وادعى العامل العكس صدق العامل لأن الظاهر منعه . انتهى .

وهذه المسألة هى شبيهة بمسألتنا، وحكمها مخالف لما رجحه فى « الروضة» إلا أن المتبادر إلى الفهم من مسألة القراض إنما هو اشتراكهما على السواء .

قوله : أما إذا عين الممر من جانب صح البيع... إلى آخره .

لم يتعرض رحمه الله في هذا الفصل لاشتراط بيان قدر الممر بالذرع، وقد صرح بالمسألة في كتاب الدعاوى فقال : إذا ادعى أن له طريقاً في ملك غيره أو ادعى حق إجراء الماء .

قال القاضي أبو سعد : الأصح لا يحتاج إلى إعلام قدر الطريق والمجرى .

ثم قال : وقال أبو على السنجي : يشترط إعلام الطريق **[والمجري]** (١) وهكذا لو باع بيتاً من دار ،وسمى له طريقاً ولم يبين قدره لا يصح. هذا كلامه .

---

(١) سقط من أ .

قوله : ولو أن الأرض المبيعة كانت ملاصقة للشارع فليس للمشترى طروق ملك [البائع] (١) فإن العادة في مثلها الدخول من الشارع فينزل الأمر عليها .

ولو كانت ملاصقة لملك المشترى فلا يتمكن من المرور فيما أبقاه البائع لنفسه ، بل يدخل فيه من ملكه القديم .

وأبدى الإمام رحمه الله فيه احتمالاً ،قال : وهذا إذا أطلق البيع؛ أما إذا قال بحقوقها فله المرور في ملك البائع . انتهى كلامه .

وهذا الذي حكاه احتمالاً هو وجه ثابت في المسألتين جميعاً أعني في الملاصقة للشارع والملاصقة لملك المشتري كذا حكاه فيهما معاً صاحب «التتمة» في الباب الثانى عشر المعقود لبيع الأصول والثمار في المسألة العاشرة من الفصل الثالث، وكذلك القاضي حسين، كما نقله عنه في «الكفاية» .

ثم إن الاحتمال المذكور خاص بالمسألة الأخيرة كما هو المفهوم من عبارة المصنف، فإن الإمام قد صرح بذلك .

وكذلك ما نقله عن الإمام آخراً من جواز المرور إذا قال :بعتكها بحقوقها، فإنه ذكره في المسألة الأخيرة خاصة .

نعم أجراه الغزالي في «البسيط» في المسألتين جميعاً ،وقد جزم الرافعي في «الشرح الصغير» بما قاله الإمام .

ولو كانت الدار ملاصقة لمسجد أو أرض موقوفة على الدفن فهل هو كالشارع ؟

فيه نظر، والمتجة في المسجد عدم الالتحاق بخلاف المقبرة .

قوله : ولو باع داره واستثنى لنفسه بيتاً فله الممر ،فإن بقى نظر:• إن

---

(١) سقط من أ .

أمكن اتخاذ ممر صح البيع وإلا فوجهان ،وجه المنع ما قدمناه عن شارح «المفتاح» انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما جزم به من استحقاق الممر ينبغى أن يكون محله فيما إذا لم يكن البيت متصلاً بشارع أو بملك البائع ،فإن كان كذلك فيكون على الوجهين السابقين في المسألة قبلها .

وقد صرح بذلك القاضى الحسين في «تعليقته» في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار .

وحينئذ فيكون الصحيح عدم الاستحقاق .

الثانى : أن الصحيح من الوجهين فيما إذا بقى الممر ، ولم يمكن اتخاذه عدم الصحة . كذا صححه في «الروضة» من «زياداته» وقاسه على بيع ذراع من ثوب ينقص بالقطع، وهذا هو التعليل الذي نقله الرافعي عن شارح«المفتاح» والموضع الذي نقله عنه الرافعي هو في أثناء الشرط الرابع، وكلام الرافعي هناك يوهم استغراب ما حكاه عن «المفتاح»، وكذا كلام «الروضة»، بل هو أشد إيهاماً من كلام الرافعي .

قوله : وأما القدر فالمبيع قد يكون في الذمة، وقد يكون معيناً ،والأول هو السلم . انتهى .

ودعواه أن كلما عقد على الذمة سلم ليس كذلك ،بل شرطه أن يعقد عليه بلفظ السلم .

فأما إذا عقد بألفاظ البيع فقال :اشتريت منك أردباً في ذمتك ،ووصفه فإن الأصح أنه لا يكون تسليماً ،بل بيعاً تثبت فيه أحكامه دون أحكام السلم كما قاله في باب السلم .

قوله :فما كان في الذمة من العوضين فيشرط كونه معلوم القدر، حتى لو قال :بعتك ملء هذا البيت حنطة، أو بزنـة هذه الصنجة ذهباً لم يصح البيع . انتهى .

وهذا التمثـيل الذي قاله : يشعر بأنه لو لم يكن المعـقود عليه في هذين المثالـين في الذمة بأن قـال : بعتك ملء هذا البـيت من هذه الحنطة أو بزنة هذه الصنجـة من هذا الذهب أنه يـصح ، والأمر كـذلك على الصـحـيح فافهمه .

وسببه أن الإضافة إلى شيء حاضر لا غرر فيه لإمكان الشروع في الوفاء عقيب العقد .

وقد صرح الرافعي بهـذا الحكم والتعليل في باب السلم في الكلام على تعيين الميكال،لكنه اقـتصر على التمثـيل بالمبيع دون الثمن فقـال ما نصه:لو عين المكيل بما لا يعـتاد الكيل به كـالكوز فسـد السلم لأن مـلاءه مجـهول القدر، ولأن فيه غرراً لا حاجة إلى احتماله ، فإنه قد يتلف قبل المحل وفي البيع لـو قال : بعتك ملء هـذا الكوز من هذه الصبـرة فوجهـان بناء على المعنيين.

والأصح الصحـة اعتماداً على المعنـى الثاني هذا كلام الرافعي، وتبـعه عليه في «الروضة» .

قوله : ولو قال : بعت بما باع به فلان فرسه أو ثوبه وأحدهما لا يعلمه لم يصح للجهل .

وقيل : يصح للتمكن من العلم، كما لو قال في صـبرة مجهولة : بعتكها كل صاع بدرهم .

وقيل : إن حصل العلم قبل التفريق صح، وإلا فلا . انتهى كلامه .

وليس فيه تصريح بما إذا علما ذلك، إلا أنه مشعر بالجزم بصحة البيع .

وقد صرح بالمسألة في الباب الثانى من كتاب الوصية في الكلام على ما إذا قال : أوصيت له بنصيب ابنى، وحكى فيها وجهين ،ولم يصحح منهما شيئاً ،وسأذكر لفظه هناك لشيء يتعلق به .

قوله : ولو قال : بعت بمائة دينار إلا عشرة دراهم لم يصح إلا أن يعلما قيمة الدنانير بالدراهم . انتهى .

زاد في «الروضة» على هذا فقال : ينبغى أن لا يكفي علمهما ، بل يشترط قصدهما استثناء القيمة وذكر صاحب «المستظهري» في ما إذا لم يعلما حال العقد قيمة الدينار من الدراهم، ثم علما في الحال طريقين :

أصحهما : لا يصح كما ذكرنا .

والثاني : على وجهين . والله أعلم . هذا لفظه بحروفه .

وما نقله رحمه الله عن «المستظهري» من حكاية الخلاف في ما إذا لم يعلما عند العقد، ثم علما سهو فإن هذا النقل الذي عزاه إليه محله في آخر باب الربا، وقد قال هناك ما نصه : فإن اشترى ثوباً بمائة درهم إلا دينار لم يصح ، ومن أصحابنا من حكى أنهما إذا علما قيمة الدينار من الدراهم في الحال كان في صحة البيع وجهان، وما ذكرنا أصح . هذا لفظ الشاشي بحروفه .

وحاصله أنه حكم أولاً ببطلان البيع علما أو جهلا ، ثم حكى طريقة ضعيفة بإثبات وجهين عند العلم . وهو عكس ما نقله عنه في «الروضة»، ثم إننى راجعت أيضاً كلام الماوردي لعلمى أن غالب ما ينقله الشاشى في الكتاب المذكور فيه فرأيته قد ذكر المسألة في الموضع الذي ذكرها فيه الشاشى، ومثل بالمثال بعينه ،وزاد المسألة إيضاحاً فقال :

فرع : فإذا باعه ثوباً بدينار إلا درهم فإن جهلا أو أحدهما قيمة

الدينار في الحال كان البيع باطلاً للجهل بالثمن .

وإن علما قيمة الدينار ففي البيع وجهان :

أحدهما : أن البيع باطل، لأن الاستثناء من غير جنس الثمن .

والثانى : أن البيع جائز لأنهما إذا علما أن قيمة الدينار عشرة دراهم، وقد باعه بدينار إلا درهم كان بمثابة قوله : بعتك بدينار إلا عشر دينار .

فيصبر البيع بتسعة أعشار دينار، والأول أصح الوجهين، لأنه استثنى درهماً ، ولم يعين قيمة درهم، فلا يلزم المشترى دفع الدينار كله لموضع الاستثناء ولا يلزم البائع دفع الدرهم لأنه ليس بمشترٍ فتعذر استيفاء العقد فبطل هذا لفظه .

ونقله عنه صاحب «البحر» أيضاً، فوضح بذلك بطلان ما نقله في «الروضة» .

قوله : ولو غلب من جنس العروض نوع فهل ينصرف الذكر إليه عند الإطلاق ؟ فيه وجهان ،المحكى عن أبى إسحاق أنه ينصرف كما ذكرنا في النقد .

قال في «التتمة» : وهو المذهب .

ومن صوره أن يبيع صاعاً بصاع من الحنطة أو بشعير في الذمة ، ثم أحضر اقبل التفريق . انتهى كلامه .

واعلم أن كلام المتولى لا يطابق ما نقله عنه الرافعي فإنه قال : إذا باع صاع حنطة بصاع حنطة فإن كانت أنواع الحنطة في البلد تختلف ،وأطلق لا يصح العقد .

وإن وصف البدلين ، أو كان النوع واحدًا لا يختلف أو حضر البدلين في المجلس وتقابضا فالعقد صحيح على ظاهر المذهب كما ذكرنا في الدراهم بالدنانير .

وقد ذكر في المسألة وجه آخر أن العقد لا يصح حتى يكون أحدهما معينًا حالة العقد، وليس يتضح الفرق بين الطعام والدراهم.

وهكذا لو باع صاع حنطة موصوفة بصاع شعير فالحكم على ما ذكرنا .. انتهى كلامه .

فالمتولي جازم بأن الغلبة في هذا كافية ، وأن العقد ينصرف إلى الغالب.

وإنما الخلاف الذي حكاه في اشتراط تعيين أحدهما، ولهذا سوى بينه وبين الموصوف في حكاية الخلاف مع أن الوصف كافٍ بلا نزاع .

فهذا الوجه وهو امتناع بيع الطعام بالطعام إذا كانا معًا في الذمة قدحكاه الرافعي في باب السلم ، وبالجملة فالخلاف المذكور في « التتمة » غير ما نقله عنه الرافعي .

نعم الخلاف صحيح من غير « التتمة » فإن الغزالي حكاه هو وغيره.

وقد صحح النووي في أصل « الروضة » ما نقله الرافعي عن «التتمة».

قوله : حتى لو باع بدينار أو بعشرة دنانير ، والمعهود في البلد الصحاح انصرف إليها ، وإن كان المعهود المكسور انصرف إليه .

قال في « البيان » : إلا أن تتفاوت قيمة المكسر فلا يصح . انتهى .

واعلم أن صاحب « البيان » قال : فرع : إذا قال : بعتك بألف درهم مكسرة فقد قال الصيمري : قال أكثر أصحابنا . يصح .

قال : وأظنهم أجازوا ذلك إذا تفاوتت قيمة المكسر .

فأما إذا اختلف قيمتها ، وهي هكذا في وقتنا مختلفة فلا يصح . هذا لفظه .

فقائله إنما هو الصيمري ناقلاً له عن غيره بطريق الظن لا بالجزم .

وقال الروياني في « البحر » في باب الربا : لو قال : بعتك بألف درهم مكسرة جاز ، وقيل : إنما يجوز إذا لم تتفاوت القيمة ، فإن تفاوتت فلا يجوز . انتهى . وهذا يقتضي تصحيح الجواز .

قوله : ولو قال : بعتك بألف صحاح ومكسرة ففيه وجه أنه يصح ، ويشبه أن يكون جارياً فيما إذا قال : بعتك بألف ذهب وفضة . انتهى .

اعترض النووي على هذا التخريج فقال : لا جريان له هنا ؛ والفرق أن الغرر يعظم فيه لكثرة التفاوت بين الذهب والفضة .

قوله : ولو باع بنصف دينار صحيح بشرط كونه مدوراً جاز إن كان يعم وجوده ، وإن لم يشترطه فعليه شق وزنه نصف مثقال . انتهي .

تابعه في « الروضة » على تقييد الصحيح بما إذا عم وجوده ، ومقتضاه أنه إذا كان عزيز الوجود لا يصح ، وهو لا يستقيم ، فإنه سيأتي من كلامهما بعد هذا بقليل أنه إذا باع بنقد يعز وجوده ، فإنه ينبنى على جواز الاستبدال عن الثمن . فإن جوزناه : صح، ثم إن وجد فذاك ، وإلا فيستبدل . وإن لم تجوز الاستبدال: لم يصح .

قوله: ولو قال : بعتك هذه الصبرة بعشرة ، كل صاع بدرهم ، أو قال مثله في الثوب فخرج ناقصاً أو زائد فقولان .

قال في « التهذيب » : أصحهما : أنه لا يصح البيع لأن الجمع بينهما محال .

والثاني : يصح لإشارته إلى الصبرة .

وعلى هذا إن خرج ناقصاً فللمشتري الخيار ، فإن أجاز فهل يخير بالجميع أو بالقسط ؟ فيه وجهان .

وإن خرج زائداً فلمن تكون الزيادة ؟ فيه وجهان .

أظهرهما : أنها للمشتري، لأن جملة الصبرة مبيعة منه ، فعلى هذا لا خيار له .

وفي البائع وجهان :

أصحهما : أنه لا خيار له أيضاً .

والثاني : أن الزيادة للبائع ، وعلى هذا لا خيار له ، وفي المشترى وجهان: أصحهما : ثبوت الخيار . انتهى مخلصاً .

فيه أمور :

أحدها : أن هذا الخلاف قد جعله أيضاً في « الشرح الصغير » قولين ، لكنه قد خالف في « المحرر » فجعله وجهين فقال ما نصه : صح البيع إن خرجت كما ذكرنا ، وإلا لم يصح في أصح الوجهين . انتهى .

ووقع الموضعان كذلك في « الروضة » و« المنهاج » وقد استفدنا من «المحرر » أيضاً أن الصحيح ما قاله البغوي .

وقد صرح بتصحيحه أيضاً في « الشرح الصغير » ، وكذلك النووي في أصل « الروضة » هنا وغيرها من كتبه .

الأمر الثاني : أن الرافعي ـ رحمه الله ـ : قد ذكر بعض أمثلة هذه المسألة في باب الربا ، وأجاب على القولين بالصحة بما يخالف المذكور هاهنا فقال في أثناء الطرف الأول : ولو قال : بعتك هذه الصبرة بتلك الصبرة مكايلة أو كيلاً بكيل ، أو هذه الدراهم بتلك موازنة أو وزناً بوزن .

فإن كالا أو وزنا وخرجتا متساويتين صح العقد ، وإلا فقولان :

قال في « التهذيب » : أصحهما : البطلان .

والثاني : يصح في الكبيرة بقدر ما يقابل الصغيرة ولمشتريها الخيار .

ثم قال : ولو باع صبرة حنطة بصبرة شعير جزافاً جاز ؛ ولو باعها بها

صاعاً بصاع أو بصاعين فالحكم كما لو كانا من جنس واحد . انتهى كلامه.

فأما التفريع الذي ذكره على قول الصحة في المسألة الأولى فواضح لأنه لا يمكن التصحيح في الجميع لأجل الربا .

وأما القول به أيضاً في المسألة الثانية ، وهي بيع صبرة [**القمح بصبرة**][1] الشعير فمخالف للمذكور هنا .

فإن بيع الصبرة [**بالعشرة كل صاع بدرهم قد وجد فيه مقابلة الجملة بالجملة والأفراد بالأفراد وهذا بعينه موجود أيضاً في بيع الصبرة بالصبرة**][2] صاعاً بصاع فحاصله أنهما مثالان للمسألة ، ونحن نعلم بالضرورة أن الحكم ليس خاصاً بالمثال المذكور . في هذا الباب وهو بيع الصبرة بعشرة بل سائر الأعيان كذلك.

الأمر الثالث : أن النووي قد ذكر من « زياداته » في باب الربا عقب المسألة الثانية عكس ما ذكره هاهنا فقال : قال أكثر أصحابنا : إذا باع صبرة الحنطة بصبرة الشعير صاع بصاع ، وخرجتا متساويتين صح .وإن تفاضلتا ، ورضى صاحب الزائدة بتسليم الزيادة تم البيع ، ولزم الآخر قبولها .

وإن رضى صاحب الناقصة بقدرها من الزائدة صح ؛ وإن تشاحا فسخ البيع . انتهى كلامه .

فصحح بيع التفاضل على عكس ماقاله هنا ، ثم إنه أيضاً يشكل على بيع صبرة القمح بصبرة القمح إذ لا أثر لاختلاف الجنسين .

فإن من صحح أولاً فإنما يصحح مع التماثل ، وأثبت له الخيار .

الأمر الرابع : أن الصحيح من الوجهين في المقدار الذي يخير به أنه يخير

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

بالبعض . قاله في « شرح المهذب » .

قوله : نعم حكوا قولين في أنه هل يكره بيع الصبرة جزافاً ؟ انتهى .

والصحيح الكراهة ، كذا صححه النووي في « زيادات الروضة » و«شرح المهذب» وسوى في ذلك بين بيعها والبيع بها .

وعلل صاحب « التتمة » عدم الكراهة بقوله : ووجه أن شراء المجهول الذرع لا يكره ، فكذلك هاهنا هذا لفظه .

ومقتضاه الجزم بعدم الكراهة في المذروع .

قوله في « أصل الروضة » : أما إذا أصدقها عيناً غائبة أو خالعها عليها ، أو عفى عن القصاص على عين غائبة ، فيصح النكاح وتقع البينونة ويسقط القصاص قطعاً ، وفي صحة المسمى القولان .

انتهى كلامه .

والتعبير بقوله : (قطعاً) راجع إلى الثلاثة فقد صرح بذلك في « شرح المهذب » فقال : ولا خلاف في هذه الثلاثة . هذا لفظه .

وما ذكره من نفي الخلاف في النكاح ليس كذلك فإن [في][1] النكاح قولا قديماً أنه يفسد بفساد الصداق . وقد حكاه هو في مواضع من كتاب الصداق ، وكذلك ما ذكره في البينونة أيضاً فإنه صاحب « التتمة » حكى وجهاً أنه لا تحصل عند فساد العوض ، وقد ذكره في « الروضة » .

[قوله أيضاً في أصل الروضة :][2] في الركن الرابع من كتاب الخلع ويجريان ـ أي قولا الغائب ـ في رهنه وهبته وهما أولى بالصحة لعدم الغرر، ولهذا إذا صححناهما فلا خيار عند الرؤية . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فيه أمران :

أحـدهـمـا : أن ما جـزم به من الأولوية قد صحح خلافـه في « شرح المهـذب» فقـال : وفي رهن الغائب وهبـته القـولان ، وقيل : همـا أولى بالصحة لعدم الغرر هذا لفظه .

الأمـر الثـاني : أن ما جـزم به من عدم الخيـار عند الرؤية لم يجزم به الرافعي ، وإنما عـبر بقوله : ولهـذا قيل : إذا صحـحناهما فلا خـيار عند الرؤية إذ لا حاجة إليه ، وذكر في « الشرح الصغير » مثله أيضاً .

وقد ذكر في « شرح المهذب » هنا أن القولين يجريان في الواقف أيضاً، واقتـصر عـليه ، لكنه ذكـر في كتـاب الوقف من « زياداته » أن الصحـيح صحته ، وأنه لا خيار له عندالرؤية فاعلمه ، وستقف عليه هناك إن شاء الله تعالى فاعلمه .

قوله في أصل « الروضة » : الثـالثة : إن لم نجوز شراء الغـائب وبيعه لم نجوز بيع الأعمى وشراءه وإلا فوجهان :

أصحهما : أنه لا يجوز أيضاً إذ لا سـبيل إلى رؤيته فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار .

والثاني : يجوز ، ويقوم وصف غيره له مقام رؤيته .انتهى كلامه .

ومـا صحـحه من منع شـراء الأعمى تفـريعـاً على امتناع بيع الغـائب صحيح .

وأما مـا صحـحـه من امتناع بيـعه تفـريعاً على هذا القول فـمناقض لما صححـه بعد هذا ، فإنه ذكر في أواخـر الكلام على بيع الغائب أن من باع عيناً لم يراها فلا يثبت له الخيار عند رؤيتها على الصحيح بخلاف المشتري .

وفرقوا بينهما بأن جانب البائع بعيد عن الخيار ، ولهذا لو باع شيئاً على أنه معيب فبان صحيحاً لا خيار له .

ولو اشتراه على أنه صحيح فبان معيباً ثبت له الخيار.

إذا علمت ذلك علمت أن ذكره هنا مناقض لما سيأتي .

وقد وقع أيضاً هذا الاختلاف في « شرح المهذب » وكلام الرافعي صحيح لا اعتراض عليه ، فإنه لم يصحح هنا ولا في « الشرح الصغير » شيئاً من الوجهين في ثبوت الخيار للبائع ، وإنما نقل كلاً عن طائفة ، والتصحيح المذكور في أصل « الروضة » من تصرفه ، فلا اعتداد به.

قوله في المسألة : وإذا قلنا : لا يصح بيعه وشراؤه لم تصح منه الإجارة والرهن والهبة أيضاً . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره في الرهن والهبة من منعهما إذا جوزنا بيع الغائب ، ولكن منعنا الأعمى منه لا يستقيم لأن المقتضى لمنعه بيعه على القول بجواز بيع الغائب ، إنما هو تعذر إثبات خيار الرؤية لما تقدم .

وقد تقدم من كلام « الروضة » أنه إذا جوزنا رهن الغائب وهبته فلا خيار فيهما عند الرؤية ، ولا فرق بين الأعمى والبصير الذي لم تتقدم له رؤية .

نعم هذا الاشكال لا يرد على الرافعي لأنه لم يجزم بنفي خيار الرؤية للبصير الذي لم ير الموهوب والمرهون ، وإنما عبر بقوله : قيل : إنه لا خيار لهما ، وقد تقدم التنبيه على ذلك .

قوله : وهل للأعمى أن يكاتب عبده ؟ قال في « التهذيب » : لا . وقال في « التتمة » : المذهب جوازه تغليباً للعتق . انتهى كلامه .

والصحيح ما قاله في « التتمة » فقد جزم أيضاً بجوازه ابن عبدان في كتاب « شرائط الأحكام » .

وقال النووي في « شرح المهذب » وفي « زيادات الروضة »: إنه الأصح.

وسبق البغوي إلى المنع جماعة منهم ابن القاص في « التلخيص » ، والقفال في شرح له .

قوله : لو اشترى غائباً رآه قبل العقد نظر إن كان مما لا يتغير غالبًا كالأرض ، أو لا يتغير في المدة المتخللة بين الرؤية والشراء صح العقد .

ثم قال : وقال الأنماطي لا يصح ، وزاد في « الروضة » على هذا فقال : إنه شاذ مردود .

وما نقله وجهاً عن الأنماطي خاصة قد نص عليه الشافعي . كذا حكاه الروياني في « البحر » عن البيهقي عن ابن مقلاص تلميذ الشافعي .

وقد شرط الماوردي في الاكتفاء بالرؤية السابقة أن يكون متذكرا للأوصاف حال البيع ، وجزم به الروياني في « البحر » ولم يذكر ابن الرفعة في « الكفاية » غيره ، وهو متجه لأن الناسي جاهل به حال العقد وقال في « شرح المهذب » إن ما قاله الماوردي غريب لم يتعرض له الجمهور .

قوله في أصل « الروضة » : الثاني : استقصاء الأوصاف على الحد المعتبر في السلم هل يقوم مقام الرؤية ، وكذا سماع وصفه بطريق التواتر؟ وجهان :

أصحهما : لا ، وبه قطع العراقيون . انتهى كلامه .

واعلم أنا إذا فرعنا على الصحة في هاتين المسألتين فإنه لا خيار له عند الرؤية . كذا جزم به الرافعي ، ولم يتعرض له المصنف .

قوله : وقول « الوجيز » في بطلان بيع الغائب ، ولعله أصح [القولين][1] إنما هو مرض القول فيه لأن طائفة من أصحابنا مالوا إلى قول التصحيح . انتهى .

---

(١) في أ : الطريقين .

وهذه الصيغة أعني مرض ذكرها في « الشرح الصغير » أيضاً وهو بالميم وتشديد الراء وبالضاد المعجمة وأشار بذلك إلى قوله : (ولعل) فإن التعبير بها يدل على عدم قوته .

قوله : فالقوصرة .

هي بالقاف المفتوحة والصاد المهملة والراء المشددة وهو: الذي يجعل فيه التمر . قاله الجوهري ومراده الوعاء الذي يملأ من التمر اللين ، ويتحامل عليه لينكبس بعضه على بعض وهو المسمى بالعجوة في معظم بلاد مصر وبالكبيس في صعيدها .

قوله : وعن الصيمري حكاية خلاف في القطن في العدل أنه يكفي رؤية أعلاه أم لا بد من رؤية جميعه ؟ قال : والأشبه عندي أنه كقوصرة التمر أي فتكفي رؤية الأعلى . انتهى كلامه .

ولم يصرح في « الروضة » أيضاً بتصحيح ولا بيان أن الخلاف قولان أو وجهان ، والصحيح ما رجحه الصيمري . كذا صححه في « شرح المهذب» وعبر بالصحيح .

وأما الخلاف فإنه قولان ، كذا نقله العمراني في « البيان » .

قوله : ولو أراه أنموذجاً ، واستغنى به عن رؤية الباقي فإن أدخله فعن القفال وغيره القطع بالصحة . وقال الإمام : إنه القياس ، وعن بعض الأئمة المنع . انتهى كلامه .

وصورة المسألة أن يخلط الأنموذج بالصبرة ، فإن أدخله [في البيع][1] ولم يخلطه بها فيكون بمنزلة عينين رأى إحداهما لأن المرئي فيه متميز عن غير المرئي . هكذا ذكره البغوي في « فتاويه » ، وهو متعين لا شك فيه . قال : وكذلك لو جعل الصبرة صبرتين وأراه إحداهما ثم باعهما .

---

(١) سقط من أ .

قوله : بخلاف السمك يراه في الماء الصافي يجوز بيعه ، وكذا الأرض يعلوها ماء صافي لأن الماء من مصالحها . انتهى كلامه .

وتقييد الصحة في الأرض بالماء الصافي يشعر بأن الماء الكدر يمنع صحتها لعدم الرؤية ، لكنه في كتاب الإجارة اشترط رؤية العين المستأجرة ، ثم ذكر أن الماء الكدر لا يمنع الصحة .

وعلله بأنه من مصالحها ، فالتسوية بين البابين في الرؤية ، وفي هذا التعليل يقتضي التسوية بينهما في الإبطال بالماء الكدر أو في عدمه فإن الرؤية شرط الشراء والإجارة ، فإن قيل إذا عين السمكة بالجنس والوصف فهل يصح بيعها أيضاً في الماء ، وإن لم يرها كالأرض ؟ قلنا : لا، وذلك لأنه إنما يصح بيع السمكة في الماء إذا أمكن إخراجها بلا صعوبة.

وحينئذ فنقول : لما أمكنه رؤيتها وإعادتها إلى الماء بلا مشقة لم نكتف فيها بالرؤية من وراء الماء كغيرها بخلاف إجارة الأرض .

قوله : ففي شراء الدار لا بد من رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران داخلاً وخارجاً والمستحم والبالوعة ؛ وفي البساتين رؤية الأشجار والجدران ومسايل الماء ، ولا حاجة إلى رؤية أساس البنيان وعروق الأشجار ونحوها .

وفي « الجرجانيات » لأبي العباس الروياني ذكر وجهين في اشتراط رؤية طريق الدار ، ومجرى الماء الذي تدور به الرحى . انتهى كلامه .

والأصح في هذين الوجهين الاشتراط . كذا صرح به في « شرح المهذب » فقال : أصحهما : الاشتراط لاختلاف الغرض به . انتهى كلامه.

واعلم أن النووي في « الروضة » قد اختصر كلام الرافعي اختصاراً فاسداً ، فإنه ذكر كلام الرافعي بعينه من غير زيادة ولا نقصان ، ثم قال : وقيل في اشتراط رؤية طريق الدار ومجرى الماء الذي تدور به الرحى

وجهان. هذا لفظه .

وتعبيره بقوله : (وقيل) فاسد لوجهين :

أحدهما : أنه يقتضي إثبات طريقين ، وأن الرافعي حكاهما مع أن الرافعي لم يحكِ إلا طريقة واحدة ، وهي طريقة الوجهين ، وكذلك هو في « شرح المهذب » ، وقد تقدم ذكر لفظهما .

الوجه الثاني : أنه بتقدير ما قاله من [الطريقين فليس في] (١) كلامه ما يبين أن الطريقة الصحيحة وهي طريقة القطع هل هي باشتراط الرؤية أم بعدمها ؟ وكلامه إلى عدم الاشتراط أقرب فإن المتبادر إلى الذهن أن ذلك يعود إلى المسائل التي قبلها ، بلا فاصل ، والرؤية فيها لا تشترط .

وقد تقدم من كلامه في « شرح المهذب » أن الصحيح خلافه .

قوله : وإذا اشترى عبداً فلا بد أن يرى منه ماعدا العورة على أظهر الوجهين .

قال : وفي الجارية وجوه :

أحدها : أنها كالعبد .

والثاني : يرى ما يبدو عند المهنة .

والثالث : تكفي رؤية الوجه والكفين . انتهى ملخصاً .

والأصح [إلحاق] (١) الجارية بالعبد . كذا صححه النووي في « شرح المهذب » و«زيادات الروضة » .

قوله : وفي رؤية الشعر وجهان ، قال في « التهذيب » :

أصحهما : أن لا يشترط . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

والصحيح ما قاله البغوي ، كذا صححه الرافعي بعد ذلك في أسباب الخيار في أول القسم الثاني المعقود لخيار النقيصة وعبر بالأصح .

وصححه أيضاً النووي في أصل « الروضة » هنا ، وفي « شرح المهذب» أيضاً .

قوله : ولا يشترط رؤية اللسان والأسنان في أحد الوجهين . انتهي .

والصحيح عدم الاشتراط . كذا صححه البغوي وتلميذه العماد النيهي ـ بكر النون وبالياء بنقطتين من تحت ـ. على ما نقله عنه ابن الصلاح في فوائد رحلته .

وقال في « شرح المهذب » أيضاً : إنه الأصح .

وسوى في « التهذيب » بين لسان الدابة ولسان الآدمي في إثبات الخلاف، والقياس التسوية بينهما في الأسنان أيضاً .

واعلم أن كلام الرافعي و« الروضة » يوهم أن الخلاف في الأسنان واللسان والشعر خاص بالجارية ،فإنهما ذكرا ذلك في تفاريعهما دون العبد ويقويه من جهة المعنى غرض الاستمتاع بها ، لكن البغوي والنيهي وغيرهما جعلوا محل الخلاف في الرقيق ، فدل على عمومه في الجارية والعبد .

وأيضاً فإنه يؤخذ من تصحيح النووي إلحاق الجارية بالعبد .

قوله : والثوب المطوي لا بد من نشره .

قال الإمام : ويحتمل عندي أنه يصح بيع الثياب التي لا تنشر بالكلية إلا عند القطع لما في نشرها من التنقيص . انتهى .

تابعه في « الروضة » على حكاية الجواز احتمالاً عن الإمام وهو يقتضي أنهما لم يظفرا بخلاف في المسألة .

وقد صرح بذلك في « شرح المهذب » فقال : هكذا أطلقه الأصحاب

وقطعوا به ، ثم نقل احتمال الإمام ، ولكن رأيت في « شرح التلخيص » للشيخ أبى علي الجزم بأنه لا يشترط ، ونقله أيضاً عنه البغوي في «فتاويه». وجزم به الجرجاني في كتابه المسمى بـ« الشافي » وحكى وجهين من غير ترجيح فيما إذا لم ينقص بالنشر ، وعلل الجواز بأن الغرر فعل بمشاهدة ظاهرها ، فتحصلنا على ثلاثة أوجه .

قوله من « زوائده » : قال القفال في « شرح التلخيص » : لو اشترى الثوب المطوي ، وصححناه ونشره فاختار الفسخ وكان لطيه مؤنة ولم يحسن طيه لزم المشترى مؤنة الطي [انتهى . فيه أمران :

أحدهما : أن التقييد بعدم معرفة الطي][1] .

يقتضي إيجابه عليه إذا عرفه .

والقياس وجوب المؤنة مطلقاً لأن الطي ليس بمثلى .

الأمر الثاني : أنه سيأتي في أثناء خيار النقص فيما إذا اشترى ثوباً مطوياً واطلع على عيب به بعد نشره المنقِص له فرده لا يلزمه شيء في أصح القولين كما في كسر البيض والذبح .

ولا شك أن المصلحة في الموضعين قد تكون في الإمساك وقد تكون في الرد .

قوله : ولا يصح بيع الثياب التَّوزية في المسوح على هذا القول . انتهى .

أما التوزية فبتاء مثناة من فوق مفتوحة ثم واو مفتوحة مشددة ثم زاي معجمة ، وهي جنس من الثياب منسوبة إلى توز بلدة من بلاد فارس مما يلي الهند .

ويقال لها أيضاً توج بالجيم . قاله ابن الصلاح في « مشكل الوسيط».

---

(١) سقط من أ .

وأما المسوح : فبالسين والحاء المهملتين جمع مسح بكسر الميم وهو الملاس من الشعر ، ويجمع أيضاً على أمساح .

وقوله : (على هذا القول) أي القول الذي نحن الآن نفرع عليه ، وهو اشتراط الرؤية، فاعلم ذلك فإنه بعيد التبادر .

قوله : وذكر العبادي أن الفقاع يفتح رأسه وينظر فيه بقدر الإمكان ليصح بيعه .

والغزالي أطلق المسامحة به في « الإحياء » فيما أظن . انتهى .

والأصح هو الصحة مطلقاً . كذا صححه النووي في « زيادات الروضة»، والأمر كما ظنه الرافعي من إطلاق المسامحة به في «الإحياء »، وإنما توقف فيه الرافعي لأن عبارته فيها إيهام .

لكن ما ظهر للرافعي منها هو حاصل ما يدل عليه كلامه عند التأمل .

ونقل ابن الصلاح فيما جمعه من الفوائد في رحلته إلى بلاد الشرق عن تصنيف الشيخ عماد الدين بن عبد الرحمن النيهي ـ بكسر النون ـ كما سبق ضبطه في الصفحة التي قبلها . أنه لايصح شراؤه حتى يصبه ويراه .

قوله في أصل « الروضة » : الخامسة : إذا جوزنا بيع الغائب فعليه فروع:

أحدها : بيع اللبن في الضرع باطل .

فلو قال : بعتك من اللبن الذي في ضرع هذه البقرة كذا . لم يجز على المذهب لعدم تيقن وجود ذلك القدر ، وقيل : فيه قول بيع الغائب . انتهى .

ترك وجهاً ذكره الرافعي بعد هذا بأسطر ، ونقل عن الإمام أن جماعة قالوا به ، وهو أنه إن كان المبيع قدراً يسيراً وابتدر الحلب ، فإنه يتخرج على بيع الغائب لأنه لا يفرض والحالة هذه ازدياد شيء به مبالاة ، فإن كان كثيراً بطل ، ولا يتوهم من كلام الرافعي أن الوجه عائد لغير هذه الصور فاعلمه.

قوله فيها أيضاً : ولو حلب شيئاً من اللبن فأراه ثم باعه شيئاً مما في الضرع فوجهان كما في الأنموذج .

وذكر الغزالي الوجهين فيما لو قبض على قدر من الضرع وأحكم شده وباع ما فيه .

قلت : الأصح من الصورتين البطلان لأنه يختلط بغيره مما ينصب في الضرع . هذا كلام « الروضة » .

وهو فاسد لأن المسألة الأولى مفرعة على امتناع بيع الغائب لأن ذلك هو صورة مسألة الأنموذج ، وما ذكره ثانياً لا يستقيم إلا على جواز بيعه أعني الغائب ، فليس الوجهان هما الوجهان ، بل ولا مناسبة بينهما .

وما ذكره من « زياداته » في تعليل البطلان للصورتين مستقيم على الأولى ، وكلام الرافعي مستقيم فإنه لما ذكر المسألة الثانية لم يجعل الخلاف الذي فيها هو الخلاف المتقدم ، بل خلافاً آخر أسقطه من «الروضة»، وقد تقدم ذكرى إياه .

وفي كلام الرافعي بعض غموض ، وصحح في « شرح المهذب » في المسألتين كما صحح في « الروضة » .

قوله في « الروضة » : الثاني لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم ، وفي وجه يجوز بشرط الجز ، وهو شاذ ضعيف .

ويجوز بيع الصوف على ظهر الحيوان بعد الذكاة ، وتجوز الوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر. انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أنه جعل هذا الفرع كله فرعاً ثانياً من فروع القول بعدم اشتراط

الرؤية .

وجميع ما في هذا الفرع ليس له تعلق باشتراط الرؤية ولا بعدم الاشتراط .

والرافعي ـ رحمه الله ـ سالم من هذا الاعتراض ، فإنه ذكر بيع اللبن في الضرع ، [وذكره صحيح فإنه من تفاريع المسألة ثم قال بعد ذكره له : ونختم المسألة بصور شبهها][(١)] وذكر ما في هذا الفرع من المسائل ، فعبر في « الروضة » بقوله : (الثاني) ذاهلاً عن كونه في تعداد المسائل المفرعة على جواز بيع الغائب .

وقد ذكر أيضاً في « الروضة » فروعاً أخرى فرعها على امتناع بيع الغائب ، ولا تعلق لها به فاعلم ذلك .

الأمر الثاني : أنه يستثنى من كلامه ما إذا اقبض على قطعة جمعها وقال: بعتك هذه .

قال في « شرح المهذب » فإنه يصح بلا خلاف ، وفيه احتمال للغزالي لأنه يتعين به غير المبيع وهو الباقي من الصوف .

وذكر الرافعي تعليلاً يخرج هذه المسألة وهو أن مقتضى بيع الصوف هو الاستيعاب ، ولا يمكن إلا بإيلام الحيوان فأسقطه من « الروضة» وهذا الوجه الذي قال فيه : إنه شاذ ضعيف قد اختاره الروياني في « الحلية » فقال : إنه القياس والاختيار .

وصحح صاحب « الاستقصاء » فيما إذا قبض على قطعة أنه لا يصح كما ذهب إليه الغزالي احتمالاً ، وقال : إن قول الصحة ليس بشيء .

الأمر الثالث : إذا أوصى بالصوف أو باللبن فجز الموصى له الصوف

---

(١) سقط من أ .

على العادة ، وما كان موجوداً حال الوصية [يكون] [(١)] للموصي له ، وما حدث يكون للوارث .

فلو اختلفا في قدره فالقول قول الوارث بيمينه هكذا نقله في « شرح المهذب » عن « شرح المختصر » للبغوي .

قوله من « زياداته » : قال أصحابنا : لو باع المسك المختلط بغيره لم يصح لأن المقصود مجهول كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بالماء . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه يقتضي أن العلة في بطلان المسألتين إنما هو الجهالة حتى لو علم مقدار المسك واللبن صح .

لكن كلامه في باب زكاة النقدين صريح أو كالصريح في عدم الصحة وإن علم المقدار ، فإنه نقل وجهين في جواز المعاملة بالدراهم المغشوشة إذا كان قدر النقرة مجهولاً .

ثم قال : وربما نقل العراقيون الوجهين مطلقاً ، ووجهوا المنع بأن المقصود غير معين ، فصار كما لو شيب اللبن بالماء وبيع ، فإنه لا يصح . هذا كلامه .

الأمر الثاني : أن صور المسألة في المسك أن يكون مخالطاً لغيره لا على وجه التركيب ، فإن كان معجوناً مع غيره كالغالية والند جاز كما ذكره في «شرح المهذب » ، وتعليل المصنف يقتضيه [لأن المقصود والحالة هذه ليس هو المسك بخصوصه بل المقصود هو المجموع .

قوله :][(١)] ويجوز بيع الأكارع والرؤوس بعد الإبانة نيئة ومشوية ولا اعتبار بما عليها من الجلد فإنها مأكولة وكذا المسموط نيئاً ومشوياً ، وفي

---

(١) سقط من أ .

النيء احتمال للإمام . انتهى .

وصورة المسألة كما قاله البغوي في « فتاويه » في رؤوس الغنم : أما رؤوس الإبل والبقر قال : فلا يجوز لأنه بمثابة البيع بعد الذبح وقبل السلخ. أي لأن جلده لا يؤكل .

قوله من « زوائده » : ولو باع سمناً في ظرف ورأى أعلاه مع ظرفه أو دونه صح . انتهى .

وصورة المسألة أن لا يختلف الظرف بالرقة والغلظ فإن اختلف فقيل : يصح قطعاً ، وقيل : يبطل قطعاً وقيل بتخريجه على قولى بيع الغائب وهو الصحيح . هكذا ذكره قبل ذلك بنحو ورقتين في الكلام على بيع الصبرة ، وسيأتي في الرهن ما يخالفه .

قوله في المسألة أيضاً من « زياداته » : فإن قال : بعتكه بظرفه كل رطل بدرهم فإن لم يكن للظرف قيمة [بطل . انتهى .

وذكر نحوه في « شرح المهذب » فقال : فإن لم يكن له قيمة] (١) لم يصح البيع بلا خلاف لأنه لا قيمة له ، وأخذ الثمن في مقابلة وزنه .

وهذا الكلام ليس فيه تصريح بأنه يبطل في الظرف فقط أم فيه وفي السمن ؟

وقد صرح الإمام بالمسألة ونقل أن البطلان فيهما ، فقال : قد قطع أصحابنا بفساد البيع في السمن من حيث اشتمل على اشتراط بذل مال في مقابلة ما ليس بمال .

والوجه تخريج هذا عندنا على تفريق الصفقة فالرق مع السمن ممتنع جميعاً في القدر وقوبلا في الثمن فكان كصفقة تجمع حراً وعبداً وشاة وخنزيراً . هذا كلامه .

---

(١) سقط من جـ.

والذي قاله بحثاً هو الصواب . ونظير هذه المسألة ما إذا باع القز وفيه الدور وزناً ، وقد تقدم الكلام على ما وقع فيها من الخلل في كلام النووي فراجعها .

قوله : وإن كان للظرف قيمة فقيل يصح .

وإن اختلفت قيمتها كما لو باع فواكه مختلطة وزناً أو كيلاً ، وقيل : باطل لأن المقصود السمن وهو مجهول بخلاف الفواكه .

وقيل : إن علما وزن الظرف والسمن جاز وإلا فلا . وهذا هو الأصح . ذكره البغوي وغيره . انتهى .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ متهافت يدفع أوله آخره ، وذلك لأن صورة المسألة إن كانت أعم من كون الظرف مجهولاً أو معلوماً فلا يصح تعليل البطلان بالجهالة ، فإن كانت مع جهالته فلا يصح مجيء [الوجه](١) الثالث .

قوله : أما إذا كان المبيع شيئين ورأى أحدهما دون الآخر ، فإن أبطلنا شراء الغائب لم يصح البيع فيما لم يره ، وفي ما رآه قولا تفريق الصفقة ، وإن صححنا شراء الغائب ففي صحة العقد فيهما قولان لأنه جمع في صفقة واحدة بين مختلفى الحكم لأن ما رآه لا خيار فيه ، وما لم يره يثبت فيه الخيار ، فإن صححنا فله رد ما لم يره ، وإمساك ما رآه . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » و«شرح المهذب » على الجزم بأن له تبعيض هذه الصفقة بالرد ، وهو مشكل على ما إذا اشترى عينين صفقة واحدة فاطلع على إحداهما بعيب ، فإنه إما أن يردهما أو يمسكهما ، وليس له التبعيض ، مع أن السبب قد وجد في الصورتين في البعض .

لا جرم أن البغوي في « فتاويه » والمتولى في « التتمة » قد جزما بأن

---

(١) في ب : القول .

حكمه حكم رد العيب في تفريق الصفقة ولعل الرافعي - رحمه الله - إنما وقف هنا على كلام من جوز التفريق هناك ، فتبعه عليه النووي .

قوله : الثالثة : إذا لم تشترط الرؤية فيشترط ذكر جنس المبيع في ظاهر المذهب .

ثم قال : وعلى قولنا أنه يشترط ذكر الجنس فالظاهر أنه لا بد من ذكر النوع أيضاً بأن يقول : عبدي التركي أو فرسي العربي .

وأوهم الإمام خلافا فيه فقال : لم يشترط أصحاب القفال ذلك ، واشترطه العراقيون . انتهى كلامه .

وهو يقتضي إنكار الخلاف في اشتراط النوع ، وهو ثابت ، فقد صرح به القاضي حسين في « تعليقه » فقال : وهل يشترط ذكر النوع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا لأنه إنما يحتاج إليه لتمييز المبيع من غيره ، وذلك يحصل بذكر الجنس .

والثاني : نعم لأن القيمة تختلف باختلاف الأنواع كما تختلف باختلاف الأجناس . هذا كلام القاضي .

قوله : وإذا ذكر الجنس والنوع لم يفتقر إلى ذكر الصفات ، وفي وجه يفتقر إلى ذكر [معظم][1] الصفات .

وضبط ذلك بما يصف به المدعي عند القاضي ، قاله القاضي أبو حامد .

وفي وجه أضعف منه يفتقر إلى صفات السلم . قاله أبو علي الطبري . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على حكاية الخلاف في أن العبرة بصفات السلم لا

---

(١) سقط من أ .

بالصفات التي يدعى بها عند القاضي ، وهو غريب ، فإنه صريح بأن الصفات المذكورة في الدعوي ليست هي صفات السلم ، وليس كذلك فقد جزم هو والنووي بأنها هي ، كذا ذكره في موضعين :

أحدهما في باب القضاء على الغائب .

والثاني في أوائل كتاب الدعوى ، ولم يذكرا خلاف ذلك .

قوله : ولو باع ما لم يره وصححنا العقد فهل يثبت له الخيار ؟ فيه وجهان :

أصحهما عند المراوزة : لا يثبت لأن جانب البائع بعيد عن الخيار .

والثاني : يثبت لأنه جاهل بالمعقود عليه فأشبه المشترى ، وهذا هو الذي أورده الشيخ أبو حامد ومن تابعه . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الصحيح هو الثاني . كذا صححه الرافعي في الكلام على شراء الأعمى وتبعه ، وقد تقدم ذكره هناك مبسوطاً ، وتقدم ما وقع فيه من المخالفة للنووي فراجعه .

الأمر الثاني : أن محل هذا الخلاف فيما إذا لم يجده البائع زائد على ما وصفه به .

فإن وجده زائداً ثبت له الخيار بلا خلاف قاله الماوردي في « الحاوي » وقاسه على ما إذا وجده المشترى ناقصاً .

قوله : ثم خيار الرؤية على الفور أو يمتد امتداد مجلس الرؤية ؟ فيه وجهان .

قال صاحب « التهذيب » : والامتداد أصح . انتهى .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » والذي صححه البغوي هو الصحيح .

كذا صححه النووي في أصل « الروضة » .

قوله : ولو باعه المشتري قبل الرؤية لم يصح، بخلاف ما لو باعه في زمن خيار الشرط ، فإنه يصح على [أصح][١] الوجهين لأنه يصير مجيزا للعقد ، وهنا الإجازة قبل الرؤية . انتهى .

وما ذكره من تصحيح البيع في زمن الخيار صورته إذا أذن فيه البائع أو باعه المشترى منه ، فإن باعه من غيره بغير إذن لم يصح قطعاً كما أوضحوه في باب الخيار .

قوله : والثاني : نقل القاضي الروياني وصاحب « التتمة » وجهاً أنه يعتبر على قول اشتراط الرؤية الذوق في الخَلِّ ونحوه ، والشم في المسك ونحوه ، واللمس في الثياب ونحوها . انتهى كلامه .

وما نقله ـ رحمه الله ـ عن« التتمة » من حكاية هذا الوجه في لمس الثياب ونحوها تابعه عليه النووي في « الروضة » و« شرح المهذب » وهو غلط . فإن صاحب « التتمة » لم ينقله إلا في الشم والذوق ولم يتعرض للمس بالكلية ، ثم إن الذهاب إليه بعيد جداً ، فإن المقصود من الثياب يعرف بالرؤية ، وأما الخل والمسك ونحوهما فلا يعرف حالهما إلا بالشم والذوق ، ومن جملة الحواس حاسة السمع ، ولم يصرح الرافعي بجريان الخلاف فيما إذا باع ما يقصد لسماع صوته فهل يتخرج على الخلاف أم يصح من غير سماعه جزماً ؟ فيه نظر ، والمتجه الثاني .

والفرق سهولة الشم والذوق بخلاف السماع فإنه إلى اختيار الطائر ، وقد يشتريه صغيراً لأجل فائدة سماعه في المستقبل .

قوله : الحادي عشر : ذكر بعضهم أنه لا بد من ذكر موضع المبيع الغائب ، فلو كان في غير بلد التبايع وجب تسليمه في ذلك البلد ، فلا يجوز

---

(١) سقط من ب .

شرط تسليمـه في بلد البيع بخلاف السلم ، فإنه مضـمون في الذمة ، والعين الغائبة غيـر مضمونة في الذمة ، فاشـتراط نقلها [يكون] [١] بيـعاً وشـرطاً. انتهى .

ذكر مـثله في « الروضة » وهذا الذي نـقله عن بعضـهم ذكره الماوردي والروياني في « البحر » ونقله في « شرح المهذب » عن الماوردي إلا أن تعبير الرافعي بالمـوضع ليس مطابقاً لكلامـهم فقد قـال الماوردي : ولا بد في بيع العقار من ذكر البلد الذي هو فيه فيقول : بعتك داري بالبصرة أو ببغداد لأن بذكر البلد يتحقق ذكـر الجنس ويصير في جملة المعلوم فأما ذكـر البقعة من البلد ففيه وجهان :

أحدهما : يلزم .

والثاني : لا لأن البقعة تجري مجرى الصفة .

هذه عبارته ، ذكر ذلك بعد نحو كراس من أول البيع .

وذكر الروياني والنووي في الشرح مثله .

نعم أطلق الماوردي أيضاً في آخر باب ثمـرة الحائط يباع أصله لأنه لا بد في بيع الدار من ذكر حدودها .

وذكر الرافعي أيضـاً مثله في كتاب الوكالة في التـوكيل في شراء دار ، وهو يشعر بالاشـتراط في شراء الغائب . وقد بسطـت المسألة في « الهداية » فلتراجع منها .

قـوله في أصل « الروضة » : ولو رأى ثوبين فـسرق أحـدهما فـاشتـرى الثاني ، وهو لا يعلم أيهما المسروق .

قال الغزالي في « الوسـيط » : إن تساوت صفتهمـا وقدرهما وقيمتـهما

---

(١) سقط من أ .

كنصفى كرباس واحد صح قطعاً .

فإن اختلفا في شيء من ذلك خرج على بيع الغائب . انتهى .

وما ذكره من تفريع هذا على جواز بيع الغائب ليس بصحيح ، بل الصواب تفريعه على امتناعه ، [ولم يفرعه الرافعي على شيء ، بل ذكره من جملة فروع منشورة بعضها مفرع على امتناعه] [١] ، وبعضها على جوازه . ثم إن هذا الحكم ذكره الغزالي من جهته ، ولم ينقله عن أحد ، فإنه ذكره في « الوسيط » أنها وقعت له في « الفتاوي » فأفتى فيها بذلك ، وهكذا ذكره الرافعي أيضاً ، وكلام النووي [يوهم أن الغزالي ناقل لهذه المسألة عن غيره ولا سيما عبارته في شرح المهذب][٢] فإنه نقل عنه أنه قال : يصح البيع بلا خلاف . وسببه أنه ينقل في « شرح المهذب » ما لخصه في «الروضة » وكلما نقل شيئاً من كتاب إلى كتاب زاد في التحرير والتعبير .

وبالجملة فالذي قاله الغزالي حسن كما قاله في « شرح المهذب » .

قوله : إذا لم يشترط الرؤية فاختلفا فقال البائع للمشتري قد رأيت المبيع، وقال المشتري : ما رأيته ففيه وجهان : أظهرهما عند العبادي أن القول قول المشتري . انتهى .

والذي قاله العبادي هو الصحيح . كذا صححه النووي في أصل «الروضة » .

قوله : أما إذا اشترطنا الرؤية وفرض هذا الاختلاف يعني قول البائع للمشتري : إنك رأيت ، وقول المشتري : ما رأيت .

فقد ذكر الغزالي في « فتاويه » أن القول قول البائع لأن للمشتري أهلية الشراء وقد أقدم عليه فكان ذلك إعترافاً منه بصحة العقد ولا ينقل هذا عن خلاف . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ . (٢) سقط من أ ، جـ.

ومقتضاه أنه لم يقف ـ رحمه الله ـ في هذه المسألة على خلاف، وهو غريب ، فقد جزم صاحب « التتمة » بأن القول قول المشترى [فقال في الباب الثامن المعقود لخيار الرؤية : إذا اختلفا فقال المشترى][(١)] ما رأيت المبيع قبل العقد . وقال البائع : بل رأيته ، فالقول قول المشتري لأن البائع يدعي عليه أمراً حصل منه ، وهو منكر له ، وهو أعلم بأحوال نفسه ، وأيضاً فإن الأصل عدم الرؤية . هذا كلامه .

وذكر الروياني في « البحر » في الموضع المذكور مثله وكذلك القاضي حسين في باب التحالف ، وعلله بأن الأصل عدم الرؤية .

وقطع به أيضاً الشيخ أبو محمد الجويني في تعليقه على ما نقله عنه الشيخ برهان الدين في « تعليقه على التنبيه » ، وجزم به أيضاً الشيخ أبو علي في « شرح التلخيص » بعد نحو خمسة أوراق من أول البيع في الكلام على ما إذا اشترى ما رآه قبل العقد ، وهو قبيل قوله : فإن نظر إلى لحم شاة ما نصه : فإن اختلفا فقال البائع : لم يتغير وهو كما شاهدته .

وقال المشتري : هو متغير عما شاهدته .

قال الشافعي في « الأم » في كتاب الصرف : القول قول المشتري [لأن الأصل أن البيع غير لازم ما لم يعرف أنه شاهده وهو علي تلك الصفة . ألا تري أنه لو أنكر الرؤية أصلاً فإن القول قول المشتري] [(١)] ولا يقبل قول البائع عليه . هذا لفظ الشيخ أبي علي بحروفه ، ومن شرحه نقلت .

ونقله ابن أبي الدم في « أدب القضاء » عن الجرجاني وأنه فرق بينه وبين دعوى الفساد ، ونقل القطع به أيضاً عن فتاوي صاحب « البيان » ، وجزم به أيضاً البغوي في « فتاويه » في ما إذا كان البائع هو المنكر للرؤية.

والمدرك الذي استندا إليه وأبطلا به العقد ، وهو كونه لا يعلم إلا من جهته مدرك صحيح فإن المشاهد من الناظر إنما هو تقليب الحدقة نحو المرئي

(١) سقط من أ .

ولا يلزم من ذلك وقوع الرؤية .

ويؤيده تصديق المجعول له في السماع عند اختلافه هو والجاعل ، فظهر أن ما قاله الغزالي مردود نقلاً وبحثاً ، وإن كانت القاعدة تصديق مدعى الصحة على الراجح وسببه أن هذا المفسد الخاص لا يعلم إلا من جهته .

ولهذا إن المتولى مع جزمه بما جزم هنا حكى وجهين في تلك القاعدة .

ويؤيده أيضاً ما سبق عن الجرجاني وابن أبي الدم، وقد توهم النووي اندراج هذه المسألة في تلك القاعدة فقال عقب كلام الرافعي: هذه مسألة اختلافهما في مفسد العقد ، وفيها الخلاف المعروف .

والأصح فيها أن القول قول مدعى الصحة وعليه فرعها الغزالي . هذا كلامه ، وهو مردود لما تقدم بحثاً ونقلاً .

الباب الثاني
في الفساد بجهة الربا

قوله : علق الحكم باسم الطعام [والحكم] (١) المعلق بالاسم المشتق معلل بماهية الاشتقاق كالقطع المعلق باسم السارق ، والجلد المعلق باسم الزاني . انتهى كلامه .

وما ادعاه ـ رحمه الله ـ من أن الطعام مشتق وبنى عليه التعليل المذكور ليس كما ادعاه ، فإن الطعام اسم جامد .

قوله : وعن الأودني من أصحابنا أنه تابع ابن سيرين في أن العلة الجنسية حتى لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلاً . انتهى كلامه .

تابعه النووي في « الروضة » على هذا النقل عن الأودني ، ونقله عنه سهو .

ومذهبه أنه يجوز بيع المال بجنسه متفاضلاً إذا لم يكن مطعوماً كما ذهب إليه غيره من الشافعية وبيان سبب الوهم يتضح بذكر خلاف ذكره الأصحاب فنقول : اختلفوا في أن الجنسية هل هي من أجزاء العلة أم لا ؟

فذهب الشيخ أبو حامد وطبقته إلى أنها من أجزائها .

وقالوا : العلة على القديم مركبة من ثلاثة [أجزاء](٢) الجنس والطعم والتقدير بكيل أو وزن حتى يخرج الزمان ونحوه .

وعلى الجديد : مركبة من جزأين فقط وهما الجنس والطعم .

ومنهم من قال : الجنسية ليست من أجزاء العلة لأن [جزء] (٣) العلة لا بد أن يترتب عليه شيء من أحكام العلة ، فلو كان الجنس منها لأفاد تحريم

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : أشياء .

(٣) في ب : جنس .

النساء بمجرده كما أفاد الجزء .

والآخر وهو الطعم تحريم النساء بمجـرده فمنهم من منع أن جزء العلة لا بد أن يترتب عليه شيء من أحكامها ، وهو منع متجه .

ومنهم من سلمه وهم المراوزة ، ومن تبعهم ، ثم اختلفوا فقال الحليمي والإمـام والغزالي : إن الجنس مـحل أي متـعين بعـمل العلة ولا أثر له في الحكم ، وقـال : ابن كـج ومن تبـعـه : العلة هي الطـعم والجنس شـرط وعكسه الأودني كما نقله عنه القاضي حسين في « تعليقه » ، والشاشي في «الحلية» فقال : الجنس علة والطعم شرط . انتهى .

وقد اسـتفدنا من هذا الخلاف أن الأودني وإن كـان يقول : إن العلة في تحـريم الربا هو الجنس لكنه يقـول : إن الطعم شرط ، ونـقل عنه بعضـهم العلة، وذهل عن شرطها ، وتبعه عليه الرافعي فلزم منه من الغلط ما لزم .

واعلم أن الخلاف المتقدم جميعه ما عدا الأخير قد حكاه الرافعي أيضاً ، وأسقطه النووي من « الروضة » لأنه ليست له فائدة حكمية .

قوله : والتوابل ـ هو بفتح التاء المثـناء وبالباء الموحدة قبل اللام ـ جمع تابل ، بكسر الباء وفتحها ، هو ما يصلح به الطبخ . قاله الجوهري .

قال أبو عبيدة : نقول منه توبلت القدر .

قوله : ولا فرق بين أن يؤكل نادراً كالبلوط والطرثوث .

أما البلوط فهـو بالباء الموحدة المفتوحة واللام المشـددة المضمومة ، وهو نبات معروف .

وأما الطرثـوث فبطاء مهـملة مضـمومـة ، وراء ساكنة وثاءين مثـلثتين الأولي مضمومة معروف أيضاً .

قوله : والطين الإرمني .

هو بكسر الهمزة وفتح الميم ، وقد سبق إيضاحه في التيمم .

قوله : وفي دهن البنفسج والورد والبان وجهان أصحهما أن فيه الربا . انتهى .

تابعه النووي في « الروضة » على تصحيحه ، وذكر مثله في « شرح المهذب » فقال ما نصه أصحهما عند الأصحاب أنها ربوية .

ثم ذكر في الشرح المذكور أيضاً بعد ذلك بأسطر قلائل في دهن الورد عكسه فقال ما نصه :

فرع : في دهن الورد وجهان حكاهما الصيمري وصاحب « البيان » وغيرهما :

أصحهما : ليس بربوي ، صححه الرافعي ، وهو مقتضى كلام الجمهور . هذا لفظه وهو غلط عجيب .

قوله في « الروضة » : ودهن الكتان والسمك ، وحب الكتان وماء الورد والعود ليس ربوياً على الأصح ، والزنجبيل والمصطكى ربوي على الأصح . انتهي كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في حب الكتان وماء الورد من كونه ليس ربويًا هو عكس ما قاله الرافعي ، فإنه قال ما نصه ونقل صاحب «البيان» وجهين في حب الكتان والزنجبيل ووجهين عن الصيمري] [1]. في ماء الورد وذكر أنه لا ربا في العود والمصطكى . والأشبه أن ما سوى العود كله ربوي وهذا لفظ الرافعي .

والعجب من النووي في تعريفه لكلام الرافعي فإنه اختصر الزنجبيل

(١) سقط من أ .

والمصطكى كما في الأصل ، وعكس حب الكتَّان وماء الورد .

الأمر الثاني : أن هذا الخلاف الذي حكاه في العود ليس في الرافعي، فإن فيه الجزم بالمنع ، وهذه عبارته قد ذكرتها لك، وذكره غلط فإنه قال في شرح « المهذب » ما نصه : وحكى الرافعي الوجهين في العود المطيب أيضًا.

وقطع الأكثرون بأنه ليس ربويًا ، هذا لفظه. فانظر كيف لم يجده حالة شرحه « للمهذب » لأحد ووجده في « الروضة » فظن أنه من كلام الرافعي وأنه اختصره على الصواب فنقله عنه منكرًا له .

قوله : ولا ربا في الحيوان لأنه لا يؤكل على هيئته نعم ما يباح أكله على هيئته كالسمك الصغير على وجه يجري فيه الربا . هكذا قاله في «التتمة».

وحكى الإمام عن شيخه وعن صاحب « التقريب » ترددًا فيه، وقطع بالمنع لأنها لا تعد للأكل . انتهى كلامه .

والذي قاله الإمام هو الصحيح . كذا صححه النووي في «الروضة» ، ولم ينبه على أنه من زياداته ، بل أدخله في كلام الرافعي، وهو غريب فتفطن له ولم يتعرض للمسألة في « الشرح الصغير » ولا في «المحرر » والأصح في ابتلاع السمكة الحية هو الجواز كما هو معروف في موضعه .

قوله : فرع حيث اعتبر التقابض فتقابضا بعض كل واحد من العوضين، ثم تفرقا بطل في غير المقبوض ، وفي المقبوض قولا تفريق الصفقة . انتهى كلامه.

وهذه المسألة قد أعادها بعد ذلك في تفريق الصفقة ، وحكى [فيها طريقتين :

إحداهما : هذه .

والثانية : القطع بعدم الانفساخ، واقتضى كلامه] (١) تصحيح الطريقة الثانية على عكس ما جزم به هاهنا فإنه قال : ولو اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل القبض ففي الثاني طريقان :

أحدهما : أنه على القولين .

وأظهرهما : القطع بعدم الانفساخ.

ثم قال ما نصه : والطريقان جاريان فيما إذا تفرقا [في السلم](٢) وبعض رأس المال غير مقبوض ، أو في الصرف وبعض العوض غير مقبوض. انتهى .

ووقع الموضعان كذلك في « الروضة » .

قوله : والتخاير في المجلس [قيل التقابض بمثابة التفرق يبطل العقد خلافًا لابن سريج انتهى كلامه .

[وهذا] (٣) الذي ذكره هنا في التخاير مخالف لما ذكره فيه في خيار المجلس في الكلام على ما ينقطع به الخيار ، فإنه حكى فيه وجهين لاغير:

أحدهما : أن الإجازة لاغية.

والثاني : أن العقد يلزم ، وعليهما التقابض، ولم يتعرض للوجه الذي جزم به هنا ، وهو غريب وليس للمسألة ذكر في « الشرح الصغير » ولا في «المحرر» .

وقد وقع هذا التناقض أيضًا في « شرح المهذب» على كيفية هي أصرح من المذكور هنا ، فإنه قال في كتاب البيوع في أثناء المسألة [الثانية] (٤) المعقودة لما ينقطع به الخيار ما نصه : فإن تقابضا في الصرف ثم اختارا في

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في جـ : الثالثة .

المجلس لزم العقد .

فإن أجازاه قبل التقابض فوجهان :

أحدهما : تلغو الإجازة فيبقى الخيار .

وأصحهما : يلزم التقابض.

فإن تفرقا قبل التقابض انفسخ العقد ولا يأثمان إن تفرقا عن تراض ، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة أثم هو وحده .

وفيه وجه ثالث أنه يبطل العقد بالتخاير قبل القبض . انتهى كلامه .

وقال في هذا الباب ما نصه . قال المصنف والأصحاب .

وإذا تخايرا في المجلس قبل التقابض فهو كالتفرق فيبطل العقد لما ذكره المصنف هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور .

وقال ابن سريج: لا يبطل لظاهر الحديث فإنه يسمى يداً بيد انتهى كلامه. وهي أخر مسألة في « شرح المهذب » ، فإنه رحمه الله أدركته المنية في هذا الموضع .

قوله : والجنيب أجود التمر، والجمع كل نوع من التمر لا يعرف له اسم. انتهى .

الجنيب بجيم مفتوحة ونون مكسورة وياء بنقطتين من تحت ، وفي آخره باء موحدة والجمع بفتح الجيم وسكون الميم.

قوله : ولو باعه نصف دينار بخمسة وسلمها فله أن يستقرضها ، ويشتري بها النصف الآخر.

ثم قال : ولو باع الكل بعشرة وليس مع المشتري إلا خمسة فدفعها إليه، واستقرض منه خمسة أخرى وردها إليه عن الثمن جاز، ولو استقرض الخمسة المدفوعة إليه فوجهان : أصحهما : لا يجوز انتهى كلامه بحروفه.

اعلم وفقك الله أن هذه المسألة الأخيرة من مشكلات كتاب الرافعي قل أن يهتدي الواقف عليها إلى المراد منها ، فإنه ـ رحمه الله ـ حاول حكما مشكلاً لم يشر إليه بتعليل ، ثم عبر عنه بعبارة لا تدل عليه إلا بضرب من التأويل ثم ازداد الأمر إشكالاً باختلاف النسخ لإشكال الحكم وقد يسر الله الكريم ذلك فلنوضحه بعبارة ملخصة فنقول : سر المنع في هذه المسألة وهو الموجود في أكثر نسخ الرافعي و«الروضة» يظهر باستحضار قواعد منها أن فرض هذا الثمن يصرف فيه في زمن خيار الباذل له وهو المشتري، وحكم التصرف في الشيء في زمن خيار باذله أنه إن كان مع غير باذله فهو باطل ، وإن كان معه فهو صحيح على المذهب ، ويكون إجازة للعقد ، كذا ذكره الرافعي في هذا الباب [وفي باب الخيار] (١) .

ومنها أن التخاير في مجلس الصرف كالتفرق على الصحيح كما تقدم الكلام عليه في هذا الباب .

ومنها أن] (٢) التفرق في الصرف بعد قبض البعض يكون مبطلاً للباقي .

إذا علمت ذلك فالقائل بالمنع يقول : قد تقرر أن القرض إجازة للعقد، وأن الإجازة كالتفرق وأن التفرق بعد قبض البعض مبطل للباقي فصح أن هذا القرض مبطل للنصف الباقي فلا يصح الأداء عنه لانفساخ العقد فيه ، وإن كان القرض صحيحًا .

وأما الذي يصحح الجواز ، وهو الموجود في كثير من نسخ الرافعي فسببه الخلاف في القاعدة الثانية [وهي أن الإجازة كالتفرق فإن فيها كلامًا تقدم والمنع في مسألتنا] (٣) لا يستقيم إلا بمنعها فافهمه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وقد تلخص في مسألتنا بمقتضى القواعد المقررة في بابها أن القرض صحيح، وإن أعطاه ثانيًا لا يصح وأن العقد قد انفسخ في النصف الثاني، وأن صاحب الدينار بالخيار .

وهذه أمور لا يهتدي إليها الواقف على هذا الكلام وإن كان لا ينافيه، فلله الحمد على التوفيق لإدراكها .

واعلم أن المنع في هذه المسألة قد صرح بتصحيحه القاضي الحسين ثم الرافعي ، ولكن قد نص الشافعي في باب الصرف على الجواز ، وصححه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني وابن أبي عصرون.

قال ـ رحمه الله : ثم النظر في أطراف ثلاثة :

الأول : في طريق المماثلة.

قولـه : وما لم يكن على عـهد رسـول الله ﷺ أو كان ولم يعلم أنـه كان يكال أو يوزن أو علم أنه كـان يكال مرة ويوزن أخـرى ، ولـم يكن أحدهـما أغلب . فقد ذكر المتولي أنه إن كان أكبر جرمًـا من التمر فالاعتبار فيه بالوزن لأنه لم يعهد الكيل بالحجاز في ما هو أكبر منه . وإن كان مثله أو أصغر ففيه وجوه إلى آخره .

لم يبين هو ولا النووي في « الروضة » هـنا هل الأمر كما قـاله المتولي من تخصـيص الخلاف أم لا ؟ وكـلامه في « المحـرر » يقتـضي أن الخلاف عام، فإنه لم يذكر تفصيل المتولي .

وتبعه في « المنهاج » لكن بين ذلك في « الشرح الصغير » فجزم بما قاله المتـولي ولم يقيـده بنقله عنه وجـزم به أيضًا في آخـر الباب من «الشـرح الكبيـر» فقال : ثـم المعتاد في الجـوز الوزن لأنه أكبر جـرمًا من التـمر هذا لفظه .

قوله : والوزن بالطيار والقرسطون وزن .

اعلم أن الطيـار هي الميزان التي لا لسـان لها كمـا قاله إمـام الحرمين ، والغزالي في « البسيط » .

والقرسطون بالقاف وبراء وسين وطاء مهملات هو القبان .

قال في « المحكم » في الخـماسي : القـرسطون . القبان أعـجمي لأن فعلالا وفعلونا ليسا من أبنيتهم والقفان المنقول هنا عن « المحكم » هو بالفاء بعد القاف وهو معرب عن القفال كما أشار إليه الجوهري .

قوله : فمن فروعه أن يريد شريكان في شيء من مـال الربا قسمته بينهما وهو مبني على أن القسمة بيع أو إقرار .

فإن قلنا بالأول وهو الأصح فلا تجوز قسمة المكيل بالوزن ...إلى آخره .

اعلم أن هذه المسألة قد حصل فيها اضطراب شديد في كلامه وكلام النووي ، وستعرف ذلك مبسوطاً في باب القسمة إن شاء الله تعالى .

قوله : واحتجوا له بأن التساوي شرط ، وشرط العقد يعتبر العلم به عند العقد .

ألا ترى أنه لو نكح امرأة ولا يدري أهي معتدة أم لا ؟ وهل هي أخته من الرضاع أم لا ؟ لا يصح النكاح . انتهى كلامه .

وهذه المسألة قد سبق الكلام عليها في الباب المتقدم .

قوله : ولو قال : بعتك هذه الصبرة بتلك الصبرة مُكَايلة أو كيلاً بكيل أو هذه الدراهم بتلك موازنة أو وزناً بوزن ...إلى آخره .

هذه المسألة أيضاً سبق الكلام عليها في آخر الباب الذي قبل هذا .

قوله : ولو باع صبرة حنطة بصبرة شعير صاعاً بصاع فالحكم كما لو كان من جنس واحد . انتهى .

الكلام سبق أيضاً على هذه المسألة في آخر الباب السابق .

قوله :وأيضاً فلو اشترى شيئين بألف فوجد بأحدهما عيباً وأراد رده بالعيب وحده يرده بحصته من الألف إذا وزع عليهما باعتبار قيمتهما . انتهى.

وصورة هذه المسألة أن يرده بالتراضي ، فإن أراد رد المعيب وحده قهراً فليس له ذلك على المشهور .

قوله : ثم الأئمة أطلقوا القول بالبطلان في قاعدة مد عجوة ، فذكر أبو سعد المتولي أنه إذا باع مداً ودرهماً بمدين بطل العقد في المد المضموم إلى الدرهم ، وفيما يقابله من المدين وفي الدرهم وما يقابله من المدين قولا

تفريق الصفقة .

وعلى هذا القياس ما لو باعها بدرهمين أو باع صاع حنطة وصاع شعير بصاعى حنطة أو صاعى شعير ، ويمكن أن يكون كلام من أطلق محمولاً على ما فصله . انتهى كلامه .

ولقائل أن يقول : قد سلم الرافعي في قاعدة (مُدّ عجوة) أن التقسيط لا يعتبر ، فإنه صحح أنه لا يجوز بيع مد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم إذا كان الدرهمان من ضرب واحد ، والمدان من شجرة واحدة . وذهب جماعة إلى الجواز نظراً للتقسيط .

فإذا تقرر أن التقسيط عنده لا يعتبر لزم امتناع هذه المسألة أيضاً .

والروياني قد وافق المتولى هنا لكنه قائل عند اتفاق القيمة بالصحة ، كما نقله عنه الرافعي ، فهو ماشٍ على قاعدة واحدة .

قوله : ولو باع داراً بذهب فظهر فيها معدن الذهب صح البيع على الأصح لأنه تابع بالإضافة إلى مقصود الدار . انتهى ملخصاً .

وما ذكره هنا من تصحيح الصحة قد ذكر بعد ذلك في الكلام على الألفاظ التي تطلق في البيع في اللفظ الثالث منه ، وهو لفظ الدار ما يعكر عليه فقال ما نصه : إلا أنه لا يجوز بيع ما فيه معدن الذهب بالذهب من جهة الربا . هذا لفظه .

وتابعه في « الروضة » على الموضعين ، وليس بين الصورتين فرق إلا أن الأولى فرضها عند عدم العلم ولا أثر للجهل بالمفسد في باب الربا مطلقاً.

وذكر الرافعي أيضاً في باب إحياء الموات أن المعدن لا يصح بيعه على الصحيح لجهالة مقصودة ، ولا ذكر لهذه المسألة في « الشرح الصغير » ولا في « المحرر » .

قوله : ولو باع داراً فيها بئر مـاء [بدار فيها بئر ماء][1] ، وفـرعنا على أن الماء ربوي ففي صحة البيع وجهان :

أحدهما : الصحة لما ذكرناه في المسألة السابقة من التبعية . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح من هذين الوجهين هو الصحة .

كذا صححه النووي في « الروضة » ولم ينبه على أنه من « زياداته » بل أدخله في كلام الرافعي فافهمه .

الثـاني : أن دعواه أن ماء البئر يدخل بطريق التـبع يقتضي أنه لا يشترط التصريح بدخـوله لأن التابع هذا شأنه ، بل يقتـضي أنه لو صرح به لأبطل لأنه علل الصحة بالتبعية .

وإذا نص عليه وصرح به صار مقصـوداً ، وخرج عن كونه تابعاً فيبطل لأجل الربا ولجعله المجهـول الذي يحصل بطريق التبع مبيعـاً مع المعلوم كما لو قال : بعتك هذه الجارية وحملها .

ويؤيده أنه صرح في إحـياء الموات بأن بيع ماء البئـر والــقناة لا يجوز لجهالته .

فإذا علمت ذلك فـقد ذكر في الكلام على الألفـاظ التي تطلق في البيع في اللفظ الثـالث منه ما حاصله أنــه لا بد من التصريح بدخـول ماء البـئر فقـال: ولو كان في الدار المبيعـة بئر ماء دخلت في البـيع والماء الحاصل في البئـر لا يدخل ، ثم قال ما نصــه . وإن شرط دخوله فـي البيع صح على قولنا . الماء مملوك . بل لا يـصح البيع دون هذا الشرط ، وإلا اخـتلط ماء المشترى بماء البائع وانفسخ البيع ، انتهى كلامه .

---

(١) سقط من ب .

وصرح به أيضاً في آخر باب إحياء المـوات نقلاً عن البغوي ، [من غير مخالـفة وذكر في « الروضة » هذه المواضع كـما ذكرها الرافعي غـير أنه لم ينقل الأخير عن البغوي][١] بل جزم به ، ولم يتعرض للمسألة في «المحرر» ولا في « شرح الصغير » .

الطرف الثاني : في الحالة التي تعتبر فيها المماثلة

قوله : ونقل الكرابيسي قولاً أنه لا يجوز بيع الحنطة بدقيقها كيلاً .

وجعل الإمـام منقول الكرابيـسي في أن الحنطة والدقيق جنسـان حتى لا يجوز بيعهما متفاضلاً ويشبه أن يكون الإمام منفرداً بهذه الرواية . انتهي .

وما ادعاه الـرافعي من انفراد الإمام بهـا ليس كذلك ، فقد نقلهـا أيضاً الماوردي في « الحاوي » ونقلها عنه ابن الرفعة .

قوله : قـال الإمام : وفي الجاروس عنـدى احتمـال إذا نحتت قشـرتها . انتهى .

الجاورس بالجيم والراء والسين المهـملتين حب مثل الدخن يؤكل ، وهو خـيـر من الدخن في جـمـيع أحـواله وهـو ثلاثة أصناف ، وهو مـعـرب [كـــاورسي][٢] . قاله الصاغـاني في « مجمع البحـرين » وفي « حواشي الوسيط » لابن السكري أنه الدخن نفسه .

قوله : ويجوز بيع خل الرطب بخل الرطب ...إلى آخره .

اعلم أن الخلول التي ذكرها الرافعي هنا أربعة : خل الرطب وخل التمر وخل العنب وخل الزبيب ،ويتفرع عليها عشر مسائل :

أحدها : بيع خل الرطب بمثله .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ ، وفي ب : جاوسي .

والثاني : بيع خل التمر بمثله .

والثالث : بيع خل العنب بمثله .

والرابع : بيع خل الزبيب بمثله .

والخامس : بيع خل الرطب بخل التمر .

والسادس : بيع خل الرطب بخل العنب .

والسابع : بيع خل الرطب بخل الزبيب .

والثامن : بيع خل التمر بخل العنب .

والتاسع : بيع خل التمر بخل الزبيب .

والعاشر : بيع خل العنب بخل الزبيب .

فهذه عشرة ، وضابطها أنك تأخذ كل واحد مع مثله ثم تأخذه مع ما بعده .

فهذه المسائل منها ما يقطع فيه بالجواز ، وهو بيع خل الرطب بمثله وبيع خل العنب بمثله ، قال الرافعي لأنه على هيئة الادخار ، والمعتاد فيه الكيل. ومنها ما يقطع فيه بالمنع ، وهو بيع خل التمر بمثله والزبيب بمثله .

قال الرافعي : لما فيها من الماء ، وهو يمنع معرفة التماثل ، وكذا بيع خل الرطب بخل [التمر ، وبيع خل العنب بخل الزبيب .

قال الرافعي : لأنه في أحد الطرفين ماء فيلزم التفاضل .

ومنها ما فيه خلاف وهو بيع خل التمر بخل الزبيب .

فإن قلنا الماء ربوي فلا يجوز وإلا فيجوز . وكذا بيع خل الرطب بخل][1] الزبيب ، وبيع خل العنب بخل التمر .

---

(١) سقط من أ .

قال الرافعي : فيجوز لأن الماء في أحد الطرفين والمماثلة بين الخلين غير معتبرة تفريعاً على الصحيح في أنهما جنسان .

فهذه تسع مسائل مصرح بها في كلام الرافعي .

وأما بيع خل الرطب بخل العنب فليس في« الشرح » ولا في «الروضة» تصريح بحكمها .

ومقتضى القواعد القطع بالجواز لأنه لا ماء في واحد منهما وهما جنسان.

قوله : وأما الرطب فما يؤكل منه في العادة بعد عجالة نقله . انتهي .

قال الجوهري : العجالة بالضم ما تعجلته من شيء .

قوله : والمعيار فيه أي في السمن الكيل إن كان ذائبا ، والوزن إن كان جامداً . قاله في « التهذيب » ، وهو توسط بين وجهين أطلقهما العراقيون ، المنصوص أنه يوزن ، وعن أبي إسحاق أنه يكال . انتهى .

وهذا التوسط قد استحسنه في « الشرح الصغير » فقال : وحسن كذا وكذا . وذكر المسألة في « الروضة » كما ذكرها الرافعي .

الطرف الثالث : في معرفة الجنسية

قوله : فإن جعلنا اللحوم جنساً واحداً ففي لحوم البريات مع البحريات وجهان ، ذهب أبو علي الطبري والشيخ أبو حامد إلى أنهما جنسان .

واختار القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبغوي أنهما جنس واحد . انتهي .

والأصح هو الوجه الثاني . كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » وعبر بالأظهر ، وصححه النووي أيضاً في أصل « الروضة » و«شرح المهذب» وعبر بالأصح .

قوله : وفي الظبي مع الآيل تردد للشيخ أبي محمد واستقر جوابه على أنهما كالضأن والماعز . انتهى .

والأيل الوعل الذكر ويسمى تيس الجبل وهو بفتح الياء المثناة من تحت المشددة ، وقبلها همزة تضم وتكسر ، لغتان حكاهما الجوهري ، وأرجحهما الضم كذا ذكره في مادة أول بالواو .

ونقله عنه النووي في « تهذيبه » ثم قال : ورأيته في «المجمل» مضبوطاً بكسر الهمزة فقط .

قوله : وعن الربيع أن الحمام بالمعني المتقدم في الحج ، وهو ماعب وهدر جنس فيدخل فيه القمري والدبسي والفاختة ، وهذا اختيار جماعة منهم الإمام وصاحب « التهذيب » .

واستبعده أصحابنا العراقيون ، وجعلوا كل واحد منهما جنساً برأسه . انتهى .

ذكر في « الروضة » مثله أيضاً والصحيح هو الأول . كذا صححه في «الشرح الصغير » وعبر بالأصح .

قوله في « أصل الروضة » : فمن ذلك لحوم الحيوانات هل هي جنس أم أجناس ؟ قولان : أظهرهما أجناس .

فإن قلنا : أجناس ، فحيوان البر مع حيوان البحر جنسان ثم قال ما نصه: وسموك البحر جنس ، وأما غنم الماء وبقره وغيرهما فهما مع السمك أو مثلها ؟ قولان : أظهرهما أجناس . انتهى لفظه .

لفظة « أو» مع « مثلها» لا يصح أن يريد به من حيوان البر لأن الكلام في حيوان البحر .

وأيضاً فقد تقدم من كلامه أن حيوان البر مع حيوان البحر جنسان تفريعاً

على هذا القول الذي يفرع هو عليه ، وهو أن اللحوم من حيث هي أجناس فحمل هذه الصورة عليها تكرار ، وإثبات خلاف لم يتعرض له غيره .

وبالجملة فهذه الصورة لم يذكرها الرافعي بالكلية والظاهر أنه إنما أراد مع مثله من حيوان البحر ، وهو فاسد فساداً واضحاً ، فإن بقر الماء مع مثله من بقر الماء جنس واحد بلا نزاع ، وكذا غنم الماء مع مثله ، وما أشبه ذلك.

واعلم أن كلام الرافعي صحيح ، فإنه فرض المسألة في نوع [مع نوع][1] آخر فراجعه .

قوله : وفي الجراد أوجه :

أحدها : أنه ليس من جنس اللحوم .

والثاني : أنه من لحوم البريات .

والثالث : من لحوم البحريات . انتهى .

والأصح هو الوجه الأول . كذا صححه النووي في « زيادات الروضة».

قوله من « زياداته » : قلت : المعروف أن الجلد ليس ربوياً فيجوز بيع الجلد بجلود وبغيرها ، ولا حاجة إلى قوله : إنها أجناس ـ يعني ـ إلى قول الرافعي أن الكبد والكرش والمخ والجلد أجناس . انتهى .

ذكر مثله في « شرح المهذب » فقال ما نصه : فرع : لا ربا في الجلود والعظام ، وإن كان يجوز أكلها ، وهذا بلا خلاف ، وممن صرح به الماوردي لأنه لا يؤكل في العادة . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ .

فيه أمـــران :

أحـــدهمـــا : أن ما أشـار إليه في « الـروضة » وصرح به فـي « شرح المهذب» من نفي الخلاف غريب .

فـقد حكى المـاوردي وجهين في بيـع اللحم بمثله ، وعليـه جلد يؤكل كجلد الدجاج والجدي .

وقال في « الـبحر » : إذا باع جـلد البقر بـجلد الغنم متـفاضـلاً فهل يصح؟ يحتـمل قولين بناء على القولـين في اللحمان ، فهـذه نقول شهـيرة صريحة على وفق ما قاله الرافعي زيادة لما يقوله النووي .

الأمـر الثـاني : أن النووي قد جعله من الـربويات في « الروضة » أيضاً فقال في آخر الباب : إنه إذا باع اللحـم بالحيوان بطل ، وإن باعه بشحم أو إلية أو طحال أو قلب أو كبد أو رئة فوجهان :

أصحهما : البطلان .

ثم قال : ويجرى الوجهان في بيعه بالجلد قبل الدباغ فإن دبغ فلا منع . هذه كلامه .

قـوله : وفي البطيخ المعـروف مع الهندي والقـثاء مع الخـيـار وجهـان : انتهي.

والأصح أنهما جنسان . كذا صححه النووي من « زياداته » .

قوله : والسكـر النبات والطبرزد جنس واحـد ، والأحمـر وهو القوالب عكس الأبيض ، ومن قصبه ومع ذلك ففي التجـانس تردد للأئمة لتخالفهما في الصفة قال الإمام : ولعل الأظهر أنه من جنس السكر . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحـدهمـا : أن الطبرزد بفتح الباء الموحـدة وسكون الراء المهملة وبعدها

زاي معجمة هو السكر المعتاد .

فإن ابن الرفعة قد نقل في « شرح الوسيط » أن القطارة تقطر منه وهي - أعني القطارة - تقطر مما قلناه .

ويشير إليه أن الرافعي جعله هو والسكر النبات جنساً واحداً ، وتردد في الأحمر مع الأبيض فانتفى أن يكون الطبرزد هو الأحمر ، وأن يكون أيضاً من جنس الأعسال لأن العسل ليس مجانساً للسكر بلا نزاع .

وقد أوضح في « المطلب » كيفية هذه الأعسال فقال : ومن عصير قصب السكر يتخذ العسل المرسل ويتخذ القند ، ومن القند ينفصل العسل المسمى بعسل القصب ، وهو ما يقطر من أسفل أباليج القند بعد أخذه في الجفان ، والقند يختلف في الجودة والرداءة بحسب تربة القصب وجودة الطبخ ، ومن الطيب من القند يتخذ السكر ، وإذا جمد استقطر ما فيه من العسل من ثقبة من أسفل الإجانة التي يوضع فيها بعد طبخه .

وهذا العسل يسمى كما قال أبو الطيب بعسل الطبرزد ونحن نسميه بالقطارة ، وهي تتنوع بحسب تنوع السكر ، والذي يستقطر منه .

وأنواع السكر ثلاثة : الوسط وهو أدونه ، ومن أعلى أباليجه يكون الأحمر لأن القطارة تنحبس فيه ، والعال وهو فوق ذلك في الجودة ، والمكرر وهو أعلى الثلاثة لأنه يطبخ مرة ثانية من السكر الوسط ، والسكر النبات يطبخ من السكر الوسط أيضاً لكنه يجعل في قدر من الفخار قد صلب فيه عيدان من الجريد رقاق لينبت فيها السكر ، وما يخرج منه عسل عند كمال نباته يسمى بقطر النبات . هذا كلامه .

وهو قد كان مطلعاً على حقيقة ذلك ، فإنه كان صاحب مطبخ من مطابخ السكر ، وكلامه موافق لما قلناه .

واعلم أن النووي في « الروضة » عبر بقوله : والسكر الطبرزد والنبات

جنس واحد . هذا لفظه .

الأمر الثاني : أن الذي أشار الإمام إلى ترجيحه هو الصحيح . كذا صححه النووي في « أصل الروضة » فجزم بالتصحيح ، ولم يشر إلى التوقف فيه ، ثم إنه لم يضفه أيضاً إلى الإمام ، وهو اختصار عجيب ، وجزم به ابن الرفعة في « المطلب » ولم يحك فيه خلافاً .

قوله : وإن باعه ـ يعني اللحم ـ بحيوان غير مأكول كعبد أو حمار ففيه قولان : أصحهما عند القفال المنع لظاهر الخبر . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضاً ، والصحيح ما قاله القفال ، كذا صححه الرافعي في « المحرر » ، وعبر بالأصح وصرح النووي بتصحيحه أيضاً في أصل « الروضة » وفي غيرها من كتبه .

الباب الثالث
في الفساد من جهة النهي

المناهي قسمان :

القسم الأول : ما حكم فيه بالفساد .

قوله : بل إعارة الفحل للضراب محبوبة . انتهى كلامه .

وما ذكره الرافعي من الاستحباب لم يتعرض له في « الروضة » وإنما حكم بالجواز فقط .

قوله : ومنها بيع السلاح لأهل الحرب لا يصح . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه يشعر بصحة بيعه لمن دخل إلينا بأمان كالتاجر والرسول ، لأنه بالأمان خرج عن الحرابة ، وصار معصوماً ، وهو محتمل لأنه في قبضتنا كالذمي ، ولكن المتجه المنع لأن الأصل إمساكه عنده إلى عوده ، ولأن الحرابة فيه متأصلة والأمان عارض يزول .

الثاني : أن السلاح على ما نقله الرافعي في صلاة الخوف عن ابن كج يقع على السيف والسكين والرمح والنشاب ونحوها .

قال : وأما الترس والدرع فليس بسلاح . انتهى .

والمتجه أن يكون المراد هنا ما هو يعد للقتال كالبيضة ونحوها مما سبق لأن الاستعانة علينا كما تكون بفعلهم تكون بدفع فعلنا .

وقد صرح به الإمام في كتاب [الرهن][1] قبيل باب [الرهن][2] والعميل بنحو ورقتين فقال : وبيع السلاح من الذمي ورهنه جائز ، مات رسول الله

---

(١) في أ : السير .

(٢) في أ : الربا .

ﷺ ودرعه مرهون عند أبي سجمة اليهودي (١) ، هذا لفظه ، وفي معنى ما ذكرناه أيضاً الخيل وما يلبس لها .

قوله : ولو باع عبده بألف بشرط أن يبيعه داره لم يصح ، ثم قال : وإذا أتيا بالبيع الثاني نظر إن كانا يعلمان بطلان الأول صح ، وإلا فلا لإتيانهما به على الشرط الفاسد . كذا نقله صاحب « التهذيب » وغيره والقياس صحته ، وبه قطع الإمام ، وحكاه عن شيخه . انتهى كلامه .

اعلم أن هذه المسألة فرد من أفراد قاعدة متكررة في أبواب وهي أنه إذا شرط عليه في شيء من التصرفات عقد لا يلزمه الوفاء به ففعله المشروط عليه جاهلاً ببطلان العقد المشروط فيه ، فهل ينفذ لكونه تصرفاً صحيحاً في نفسه أم لا لإتيانهما به وفاء بالشرط الفاسد ؟ فيه خلاف .

وهذه القاعدة قد حصل فيها اختلاف شديد في هذا الباب فقال في كتاب الرهن في الركن الثالث منه إذا قال : أقرضتك هذه الألف بشرط أن ترهن بالمائة التي لي عندك كذا ، فالقرض فاسد ، ثم إن رهن بالمائة التي عليه صح إن علم فساد الشرط ، وإن ظن صحته فوجهان .

قال القاضي : لا يصح ، وقال الشيخ أبو محمد وغيره : يصح . انتهى .

وكذا لو باع بشرط بيع آخر فاستثناه ظاناً صحة الشرط وقد سبقت هذه الصورة في بابها . انتهى ملخصاً .

وليس في هذين الموضعين تصريح بتصحيح .

إذا علمت ذلك فقد قال في أوائل الإقالة ما نصه :

وتجوز الإقالة في بعض المسلم فيه أيضاً ، لكن لو أقاله في البعض ليعجل الباقي له أو عجل المسلم إليه البعض ليقيله في الباقي فهي فاسدة .

(١) أخرجه البخاري (٢٣٧٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

انتهى كلامه .

فأما الإقالة بشرط التعجيل ففسادها واضح .

فأما إذا عجل بشرط الإقالة فأقاله فهو والرهن المشروط في البيع الفاسد سواء .

ثم ذكر أيضاً عدم الصحة في كتاب الكتابة فقال في أثناء الحكم الثاني من الباب الثاني : إذا جاء المكاتب بالنجم عند المحل وشرط على السيد أن يبرئه فالشرط لغو ، وللسيد أخذه ولا يلزم أن يبرئه من الباقي .

وإن عجله قبل المحل على أن يبرئه من الباقي وأخذه وأبرأه لم يصح القبض والإبراء ولو قال : أبرأتك عن كذا بشرط أن تعجل الباقي ، أو إذا عجلت كذا فقد أبرأتك عن الباقي فعجل لم يصح القبض ولا الإبراء، هذا هو المذهب .

وأشار المزني إلى ترديد قول صحة القبض والإبراء ، ولم يسلم له الجمهور إثبات خلاف فيه . انتهي .

ثم ذكر ما يخالف الموضعين المذكورين في أوائل الصلح ، فقال في الصنف الثاني وهو صلح الحطيطة : ولو صالح من ألف مؤجل على ألف حال فباطل لأن الأجل لا يسقط ولا يلحق ، فلو عجل من عليه المؤجل وقبله المستحق سقط بالاستيفاء .انتهى .

وتعجيل المؤجل بعدالشرط نظير الإقالة والإبراء والتعجيل بعد الشرط .

وقد أجاب فيه بعكس ما ذكره فيهن ، ومقتضاه فيهن أن لا يملكه حتى لا يحصل الإبراء .

وبالجملة فهو تباين واضح خصوصاً المذكور في الصلح [مع المذكور في](١) الكتابة .

---

(١) سقط من أ .

ووقع هذا الاختلاف بعينه في « الشرح الصغير » إلا أنه لم يذكر مسألة الإقالة ، ووقع أيضاً في « الروضة » وزاد على ذلك فصحح في كتاب الرهن من « زياداته » الصحة فقال : قلت : الثاني أصح ـ يعني الصحة ـ واختاره الإمام والغزالي في « البسيط » وزيف الإمام قول القاضي ، والله أعلم .

وجزم في الركن الثالث من المساقاة بأنه لا يصح ، ولم يجزم به الرافعي، بل نقله عن « التهذيب » فقط ، ثم ذكر أنه قدم نظيره في الرهن فحذف النووي المنقول عنه وجزم به ، فوقع في صريح التناقض.

وقد ذكر الشافعي في « الأم » مسألة الكتابة في باب قطاعة المكاتب كما ذكره الرافعي ثم قال بعده ما نصه : وإن فعل هذا على أن يحدث للمكاتب عتقاً فأحدثه له فالمكاتب حُرّ ، ويرجع عليه سيده بالقيمة لأنه أعتقه ببيع فاسد كما قلت في أصل الكتابة الفاسدة . انتهى .

ونص في البويطي على مسألة الرهن ، وحكم فيها بعكس ما صححه في « الروضة » فقال في باب الرهن ما نصه : ولو كان لرجل على رجل دين حال أو إلى أجل ثم قال : بعني بيعة أخرى على أن أرهنك بالأول والآخر لم يجز ، وكان البيع الآخر فاسداً ، والرهن باطلاً ، وكان حقه الأول على حاله .

وقال في « الأم » : وإذا كان المدعى عليه منكراً فالصلح باطل ، وهما على أصل حقهما ، ويرجع المدعى على دعواه ، والمعطى [فيما] (١) أعطى وسواء إذا أفسد الصلح قال المدعى : أبرأتك مما ادعيت عليك ، أو من بدله من قبل أنه إنما أبرأه على أن يتم له ما أخذ منه ، وليس هذا بأكثر من أن يبيعه البيع الفاسد .

---

(١) في جـ : على ما .

فإذا لم يتم رجع كل واحد منهما على أصل ملكه كما كانا قبل أن يتبايعا [هذا كلامه . وقد تظافرت نصوص الشافعي على البطلان فلتكن الفتوى عليه](١) . ولا عبرة بما عداه .

قوله : ولو اشترى حطباً على ظهر بهيمة مطلقاً فهل يصح العقد ويسلمه إليه في موضعه [أم لا يصح حتى يشترط تسليمه إليه في موضعه](٢) لأن العادة قد تقتضي حمله إلى داره ؟ حكي صاحب « التتمة » فيه وجهان . انتهى .

والأصح منهما هو الصحة . كذا صححه النووي في « زيادات الروضة» .

قوله : وذكر القاضي الروياني أنه لو أجل الثمن إلى [ألف] (٣) سنة بطل العقد للعلم بأنه لا يبقى إلى هذه المدة فيسقط الأجل بالموت كما لو أجر ثوباً ألف سنة لا يصح .فعلى هذا يشترط في صحة الأجل احتمال بقائه إلى المدة المضروبة. انتهى كلامه .

اعترض النووي في « الروضة » عليه فقال : لا يشترط احتمال بقائه إليه، بل ينتقل إلى وارثه لكن التأجيل بألف سنة وغيرها مما يبعد بقاء الدنيا إليه فاسد . انتهى كلامه .

والذي قاله النووي معترضاً به من أن ذلك لا يشترط ، بل ينتقل إلى الوارث غلط ، فإن الكلام ليس في مستحق الدين ، بل في من هو عليه .

ولهذا قال الرافعي : فيسقط الأجل بموته ، والأجل يسقط بموت من عليه لا بموت من له .

وإذا ظهر هذا ظهر أيضاً ضعف البطلان فيما إذا كان يبعد بقاء الدنيا إليه لأنا نعلم الاستحقاق قبلك بموت من عليه بخلاف الإجارة ، فإن بطلانها واضح .

---

(١) سقط من أ . (٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ ، ب .

والنووي حذف التصريح بانتقاله إلى الوارث حالة اختصاره لكلام الرافعي ثم توهم بعد ذلك عكسه فأجاب عنه ، وقال صاحب رفع التمويه في الإجارة : إن الأرض تؤجر خمسمائة سنة .

ثم قال : وأكثر ما يصح أن يبيعه بثمن مؤجل إلى هذا القدر . هذا كلامه وذكر ذلك في ذيل كلام نقله عن الشيخ أبى حامد ، واقتضى إيراده أنه منه .

قوله : ولو حل الأجل فأجل البائع المشترى مدة لم يتأجل ، ولو أوصى من له دين حال على إنسان بإمهاله مدة [فعلى ورثته إمهاله . انتهي .

وقد ذكر مثله في « الروضة » . والكلام عليه له مقدمة ذكرها ابن الرفعة في « المطلب » فقال : وإنما تنفذ الوصية بعدم المطالبة إلى مدة][(١)] بشرط أن يخرج منه الدين من الثلث لأنهم قالوا : إن البيع بثمن مؤجل يحسب كله من الثلث إذا لم يحل منه شيء قبل موت الموصى لأنه منع الورثة من التصرف فيه فكان كإخراجه عن ملكهم ، وهذا مثله .

ثم قال : وأنا أقول : إذا قلنا : إن الملك ينتقل في المبيع في زمن الخيار، ويجوز إلحاق الزيادة بالعقد كان ذلك صورة أخرى لأن الدين كان حالاً وقد تأجل قال بل هذه بالذكر أولى لأن ما كان حالاً تأجل ، وما عداها قد يقال : إن الدين باق بصفته ، وإنما منع من طلبه مانع كالإعسار هذا كلامه .

ذكر ذلك في آخر الباب الثالث من أبواب البيع ،وهذا الاحتمال الذي أبداه من كونه حالا امتنعت المطالبة به لعارض احتمال ظاهر وله فوائد :

منها : إذا عجله المديون قبل المدة لغرض البراءة فهل يجبر رب الدين جزما على أحد الأمرين وهما القبول أو البراءة كسائر الديون الحالة لا سيما أن هذه المدة لم تقع برضا المديون أم يتخرج على الخلاف في الدين المؤجل؟

ومنها : إذا حلف لا مال له وقلنا بالتفصيل بين الحال والمؤجل .

---

(١) سقط من أ .

ومنها : إذا أفلس المديون فهل لصاحبه المطالبة به ؟ إن قلنا إنه من باب][١] التأجيل فيأتي فيه الخلاف في حلول المؤجل بالإفلاس .

وإن قلنا : إنه حال ، منع من المطالبة به مانع فالمتجه عدم المطالبة به لقيام المانع ، ويحتمل خلافه لما فيه من الضرر ، ويحتمل [التخريج][٢] على المؤجل لأن الواجب بالنذر لا يزيد على الواجب الأصلي ، ويحتمل التفصيل بين أن يقول لله على أن لا أستوفيه إلا بعد كذا وكذا ونحو ذلك، فلا يطالبه أو يقول : لله عليّ تأجيله ، وهذا كله إذا كان الناذر والمديون حيين . فإن كان المديون ميتاً فلا شك أن المسارعة إلى براءة ذمته واجبة إذا خلف وفاء .

وحينئذ فلا يؤثر النذر حتى لو رضي الوارث ورب الدين معاً بالتأخير لم يجز لما ذكرناه .

وأيضاً فلأن قصد الناذر التبرع برفق المديون ، وقد زال ذلك بموته ، وإن كان الناذر ميتاً فالمتجه بقاء المدة سواء كان وارثه رشيداً أم محجوراً عليه لأن من ورث مالاً ورثه بحقوقه التي عليه والتي له . ويحتمل التفصيل السابق وهو الفرق بين أن يلتزم التأجيل أو عدم مطالبته هو .

ومن تفاريع المسألة إخراج الزكاة عن ذلك المال .

فنقول : للنذر حالان :

أحدهما : أن يكون بعد تمام الحول ، فلا إشكال في وجوب [إخراج قدر الزكاة غير أنه هل يستثنى ذلك القدر من وجوب][٣] الإنظار لأن الملك فيه لغيره بناء على الصحيح ، وهو أن الفقراء شركاء رب المال ، أو يجب الإنظار فيه أيضاً ، وهو المتجه لكونه قادراً على تمام نذره لجواز الإخراج من غيره كما قلنا به فيما إذا رهن مالاً زكوياً ، وحال عليه الحول،

---

(١) سقط من جـ .   (٢) في أ : الترجيح .   (٣) سقط من جـ .

بل مسألتنا أولى لأن الرهن سابق على الوجوب بخلاف النذر .

الحال الثاني : أن يكون قبل تمام الحول ففي إلحاقه بما بعد الحول احتمال لأن النذر في هذه الحالة يصرف منه قبل تعلق نصيب الفقراء .

وقياس مسألة الرهن وجوب الإخراج من غيره عند القدرة ، ومنه عند عدمها .

واعلم أن ابن الرفعة في باب القرض من « الكفاية » نقل عن صاحب «التتمة» أن الحال يصير مؤجلاً بالوصية ، ثم قال عقبه ما نصه : وسمعت من بعض مشايخنا أنه يتأجل بالنذر أيضاً . هذا كلامه .

ومقتضاه أنه يقف على نقل في هذه المسألة وهو غريب ، فقد ذكرها أيضاً المتولى عقب هذه المسألة التي نقلها هو عنه من غير فصل بينهما فقال في الباب الخامس من أبواب البيع : الثامن : إذا كان له حق حل أجله فقال: إن شفى الله تعالى مريضى أو رجع غائبي فلله عليّ أن لا أطالبه شهراً، فالحكم فيه كالحكم فيما نذر عيادة المرضى وتشييع الجنائز . هذا كلام المتولي .

وقد ذكرها أيضاً الروياني في « البحر » في كتاب البيع قبل باب بيع اللحم بالحيوان بنحو ورقة فقال : إن فيه وجهين كالوجهين في ما إذا نذر تشييع الجنازة ، وهذا الكلام يقتضي أن الراجح من الوجهين هو الواجب لأنه الراجح في المحال عليه .

قوله ولا بد من تعيين الرهن ، والكفيل ، والمعتبر في الرهن المشاهدة أو الوصف كما يوصف المسلم فيه ، وفي الكفيل المشاهدة [أو][1] المعرفة بالاسم والنسب ، ولا يكفي الوصف بأن يقول : رجل موسر ، ثقة ، هذا هو النقل .

(١) سقط من أ .

ولو قال قائل : الاكتفاء بالصفـة أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف حاله لم يكن مبعداً . انتهي كلامه .

ونظير هذه المسألة في المشاهدة مع عدم معرفة الحال قد ذكره الرافعي في كتاب الصـداق ، وفي المسابقة فقال : الصداق إذا أصـدقها تعليم آيات من القرآن فلا بد من علمها ، فإن أراها مـقداراً من المصحف فقال : من هاهنا إلى هنا فقال أبو الفرج الزاز : يكفي ، ولك أن تقول : لا يكفي هذا إذ لا تعرف به صعوبته وسهولته .

زاد النووي في « الروضة » فقال : الصواب أنه لا يكفي . انتهى .

والمسألتان في المعنى سواء ، فيـقال للنووي : لم جعلت هناك الصواب ما قاله الرافعي بحثاً ولم تجعله هنا كذلك ؟

وقال في المسـابقة : لو تناضل غريبـان لا يعرف واحد منهـما صاحـبه حكم بصحة العقد .

فإن بان أنهما أو أحدهما لا يحسن الرمي بطل العقد .

وإن بان أن أحدهما قليل المعرفة لا يقاوم الآخر ففيه وجهان .

ومقتـضى كلام الرافعي في الشـرط الخامس من شروط المسابقـة ترجيح الصحة .

قوله : ولو باع عبداً بشرط العتق ، وأن يـكون الولاء للبائع فسد العقد ، وفي قول يصح .

ثم قال ما نصـه : وعلى هذا ـ يعني الصحة ـ ففي صحة الـشرط وجهان نقلهما الإمام :

أحدهما : أنه لا يصح ...إلى آخر ما ذكر .

ثم قال : إن الجمـهور قضوا على هـذا القول بفساد الشـرط ، وقصروا

الصحة على العقد ، ولا تكاد تجد حكاية الخلاف في صحة الشرط بعد تصحيح العقد إلا للإمام .

إذا علمت ذلك فاعلم أن ما وقع في كلام الرافعي من أن الإمام نقل الوجهين غلط ، فإن الذي نقله إنما هو فساد الشرط فقط .

وأما تصحيحه فذكره بحثاً فقال تفريعاً على قول الصحة ما نصه : وعلى هذا ففي الولاء المشروط نظر ، ذهب بعض الأصحاب إلى أن الوجه فيه إلغاء الشرط ، وتصحيح العقد ، وهذا فاسد مع أمر رسول الله ﷺ بالاشتراط ، ومتعلق القول بصحة العقد قضية بريرة ، فلا ينبغي أن يعتبر أصلها ، ويعطل تفصيل القول فيها ، فإذاً الوجه تصحيح الشرط إذا صححنا العقد تعلقاً بقضية بريرة . هذا لفظ الإمام .

لا جرم أن ابن الرفعة في « شرح الوسيط » قال : إن أحد الوجهين ذكره الإمام نقلاً والآخر تفقهاً ، وإن كان قد وقع هو في « شرح التنبيه » في ما وقع فيه الرافعي .

قوله : وما لا يقتضيه العقد من الشروط ، ولكن لا غرض فيه كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة أو لا يلبس إلا الحرير ، وما أشبهه فلا يفسد العقد ويلغو كما قاله الإمام والغزالي .

لكن في « التتمة » أنه لو شرط ما يقتضي التزام ما ليس بلازم ، فإنه لو باع بشرط أن يصلي النوافل فإنه يفسد العقد لأنه أوجب ما ليس بواجب وقضية هذا فساد العقد في مسألة الهريسة ، والحرير أيضاً . انتهى ملخصاً .

وكلامه يقتضي أنه لم يجد التصريح بالبطلان منقولاً ، وإنما يؤخذ من مقتضى كلام « التتمة » وهو عجيب ، فقد نص الشافعي ـ رحمه الله ـ في « الأم » على البطلان فقال في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى المذكور بعد باب قطع العبد في أواخر باب الغصب منه ما نصه : قال محمد

ابن إدريس : فإذا باع الرجلُ الرجلَ العـبدَ على أن لا يبيعـه من فلان ، أو على أن يبيعـه من فلان ، أو على أن لا يستخدمـه ، أو على أن ينفق عليه كذا وكذا ، أو على أن يخارجه فالبيع كله فاسد . هذا لفظه بحروفه ، ومن « الأم » نقلته . فتلخص أن مذهب الشافعي في اشتراط ما لا غرض فيه هو البطلان ، وأن الرافعي لم يطلع فيه إلا على كلام بعض المتأخرين المعدودين في الصنفين لا في أصحاب الوجوه .

ثم إن الرافعي جـزم بالصحة في « المحـرر » و«الشرح الصغـير » لكون القائل بالصحة اثنان ؛ وبالبطلان واحد على ما تحصل له في مبسوطه .

وهذا أمر صعب يورث ريبة ، ووقفه في الإفتاء بكثير من كلامه .

قوله : ولو باع الحامل واستثنى حملها فـفي صحة البيع وجهان منقولان في« النهاية » .

أحـدهمـا : أنه يصح كـما لو باع الشـجـرة واسـتثنـى الثمـرة قـبل بدو الصلاح.

وأصحهما ـ وبه أجاب الجمهور ـ : أنه لا يصح . انتهى كلامه .

وتعبيـره بقوله : (قبل بدو الصلاح) سهـو ، بل الصواب أن يقول : قبل التـأبير ؛ لأن الثمـرة قبل التأبيـر داخلة في البيع ، وإذا اسـتثناها صح الاستثناء ، فصح قياس الصحة في استثناء الحمل عليه .

وأما بعد التأبير وقبل بدو الصلاح فـإنها غير داخلة بالكلية حتى يقال : إن استثناء ما صحيح ، ويقاس عليه ما نحن فيه .

قوله : ولو كـانت الأم لواحد والحمل لآخر فـهل لمالك الأم بيعها؟ فـيه وجهان .

وكذا لو باع جارية حـاملاً بُحْر ، ففيه وجـهان ، الذي ذكره المعظم أنه لا يصح لأن الحمل لا يدخل في البيع فكأنه استثناه .

والثاني وهو اختيار الإمام وصاحب « الكتاب » أنه يصح لكونه مستثنى شرعاً . انتهي .

فيه أمران :

أحدهما : أن تصحيح المنع هنا مشكل على تصحيح الجواز في الدار المستأجرة ، فإن الحمل والمنفعة قد اشتركا في دخولهما عند بيع الأصل .

وفي الإبطال عند استثنائهما على تقدير ملكه لهما . وحينئذ فيجب استواء الصورتين لأن المالك فيهما لم يستثن شيئاً ، بل باع جميع ما يملك ، فإن جعل المستثنى شرعاً كالمستثنى شرطاً وجب البطلان وإن جعل غير المملوك كالمعدوم ، ونظرنا إلى أنه لم يستثن شيئاً لزم القول بالصحة فيهما بل الصحة في الحامل بحر أظهر من المستأجرة لأن الحر لا يقبل البيع أصلاً فهو كالمعدوم بخلاف المنفعة .

الأمر الثاني : أن جواب الإمام والغزالي قد اختلف في ذلك فأما الإمام فقال هنا قبل باب النهى عن بيع وسلف : إن الأصح صحة البيع .

وقال في الرهن : [المذهب][1] الذي قطع به الأئمة امتناعه .

وأما الغزالي فأجاب بالجواز في موضعين من « الوسيط » أحدهما في البيع والثاني في الرهن على خلاف ما قاله فيه إمامه ، وأجاب بالمنع في موضعين منه أيضاً ، فإنه جزم به في كتاب النكاح في الكلام على ما إذا وطئ الأب جارية الابن .

وقال في كتاب « السير » : إنه الأصح ذكر ذلك فيما إذا وطئ جارية من الغنيمة .

فتلخص أن الذي استقر عليه رأيهما معاً هو المنع على خلاف ما اقتصر عليه الرافعي .

---

(١) سقط من أ .

قوله : ولو قال : بعتك الجبة وحشوها ففيه [طريقان][(١)] منهم من طرد الخلاف أي المذكور في الحمل ، ومنهم من قطع بالجواز لأن الحشو داخل في مسمى الجبّة ، فذكر ذلك ذكر ما دخل في اللفظ فلا يضر التنصيص عليه . والحمل غير داخل في مسمى الشاة فذكره ذكر شيء مجهول مع المعلوم . انتهى كلامه .

لم يصحح شيئاً من الطريقين في « الروضة » أيضاً والأصح طريقة القطع . كذا صححها النووي في « شرح المهذب » وعبر بلفظ الأصح .

قوله في أصل « الروضة » : ولو شرط كون الشاة تدر كل يوم كذا رطلاً من اللبن بطل البيع قطعاً لأن ذلك لا ينضبط . انتهى .

وما ادعاه من القطع ليس كذلك ، ولم يذكره الرافعي أيضاً ، فإن في المسألة وجهين مشهورين حكاهما الشيخ أبو إسحاق في « المهذب » في باب الرد بالعيب ، والروياني في « البحر » وصاحب « العدة » والشاشى في «الحلية» وصحح الدبيلى في « آداب القضاء » منهما الصحة .

والغريب أن النووي ادعى ذلك أيضاً في « شرح المهذب » وعبر بقوله : بطل بلا خلاف . ذكره في باب ما يجوز بيعه في الكلام على بيع الحمل في البطن .

قوله : ومنها لو قال لغيره : بع عبدك من زيد بألف على أن على خمسمائة فباعه على هذا الشرط فهل يصح العقد ؟ فيه قولان لابن سريج أظهرهما : لا . لأن الثمن يجب جميعه على المشترى ، وها هنا جعل بعضه على غيره .

والثاني : نعم ، ويجب على زيد ألف ، وعلى [الآمر][(٢)] خمسمائة كما لو قال : العد متاعك في البحر وعليّ كذا . انتهي .

---

(١) في ب : قولان .

(٢) فى جـ : الأخر .

ذكر في « الروضة » من زياداته في آخر الوكالة مسألة أخرى تشبه هذه فقال : لو قال : بع عبدك بألف درهم على زيد وخمسمائة [على فعند ابن سريج العقد صحيح وعلى زيد ألف وعلى الأمر خمسمائة] [١] ، وعلى الصحيح العقد فاسد قال في « الحاوي» : هذا لفظه .

وذكر الرافعي أيضاً في الباب الرابع من أبواب الخلع في الطرف الرابع منه مسألة أخرى تشبه هاتين المسألتين فقال : لو قال : بع عبدك من زيد بألف ، ولك على خمسمائة فباعه منه لم يستحق على القائل شيئاً عند الجمهور.

وقال الداركي : يحتمل أن يستحق كالتماس الطلاق والعتق . انتهى .

ولما كانت هذه المسائل الثلاث قد يحصل فيها اشتباه الواقف على بعضها عن البعض الآخر ذكرتها في موضع واحد ليفطن له ، فإنه أبطل الأولى ، ونقل فيها عن ابن سريج قولين ، وأبطل الثانية ، ولم ينقل عن ابن سريج فيها إلا قولاً واحداً ، وهو الصحة ، وجزم بصحة الثالثة .

فأما التي في الخلع فإنه باع من زيد بألف عليه ، ولم يشترط في البيع أن له على السائل شيئاً ، فهذا صحيح إذ لا مفسد فيه ، ولكن النظر وقع في استحقاق ما التزمه السائل .

وأما التي في الوكالة فإن البائع صرح بأن الثمن ألف وخمسمائة وبأن ألفاً منها على المشترى وباقيها على السائل ، وبطلانه واضح لأن الثمن لا يكون إلا على المشترى ، ومقابله ضعيف .

وأما المذكورة في هذا الباب ، فإنه لم يصرح بأن الثمن خمسمائة حتى يكون بعضه على المشترى بل باع بألف على المشترى ثم شرط في صلب العقد أن يكون على السائل خمسمائة أخرى ، ولم يجعلها ثمناً ، وإن كان من جهة المعنى يشبه الثمن على غير البائع فلما شرط في الأولى مالاً خارجاً

---

(١) سقط من ب .

عن الثمن بخلاف الثانية نظر ابن سريج إلى هذا المعنى فتردد في صحة الأولى مع تسليمه الصحة في الثانية .

قوله : وإن تعلق بالشرط الفاسد غرض فسد البيع بفساده . انتهى .

يستثنى منه ما إذا اشترط البراءة من العيوب ، وقلنا : إن الشرط لا يصح، فإن الأصح في الرافعي أنه لا يبطل البيع .

قوله : ولا يجوز للمشترى حبس المبيع في البيع الفاسد لاسترداد الثمن .

وحكى ابن كج عن الإصطخرى جوازه ، ونقله القاضي عن النص . انتهى ملخصاً .

وما صححه هنا من امتناع الحبس قد جزم في أوائل الضمان بما يخالفه فقال في الكلام على ضمان العهدة : ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره ففي مطالبة الضامن وجهان :

أحدهما : يطالب كما لو خرج مستحقاً .

والثاني : لا لاستغنائه عنه بإمكان حبس المبيع إلى استرداد الثمن . انتهي كلامه .

ووقع الموضعان كذلك في « الروضة »][1] وذكر أيضاً قريباً من هذا الموضع موضعاً آخر يخالفه أيضاً .

قوله : وإن تلف فعليه قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف. وقيل : العبرة بقيمته يوم التلف كالعارية ، وقيل : بقيمته يوم القبض. انتهى ملخصاً .

أطلق وجوب القيمة ولم يفصل بين المثلى والمتقوم ، وكذلك أيضاً أطلقه فيما إذا تلف المبيع في زمن الخيار بعد القبض ، وقلنا : إن الملك فيه للبائع فإنه ذكر هناك أن الواجب القيمة ، ولم يفصل وتبعه في « الروضة » على

---

(١) سقط من ب .

هذا الاطلاق ، وليس كذلك ، بل محله إذا كان متقوماً .

فأما إذا كان مثلياً فإنه يضمن المثل . كذا نص عليه الشافعي في مواضع فقال في الكتابة في أوائل باب بيع المكاتب وشرائه ما نصه : وإذا باع بما لا يتغابن الناس بمثله بغير إذن سيده فالبيع فيه فاسد ، فإن وجده بعينه رد ، وإن فات كان على مشتريه مثله إن كان له مثل ، وإن لم يكن له مثل فقيمته هذا لفظه بحروفه ، ومن « الأم » نقلته .

وذكر بعده بدون ورقة مثله أيضاً فقال في ما إذا باع المكاتب شيئاً بيعاً فاسداً ما نصه : فإن فات كان للمكاتب اتباعه بقيمته إن كان مما لا مثل له [أو بمثله إن كان مما له مثل][1] .

وذكر بعد هذا الثاني بأسطر قلائل مثله أيضاً .

وقال بعد ذلك بأوراق في باب بيع كتابة المكاتب يعني نجوم المكاتب ما نصه ، ويرد مشترى كتابة المكاتب ما أخذ إن كان قائماً في يده ، ومثله إن كان له مثل أو قيمته إن فات ولم يكن له مثل .

وقال أيضاً في باب اختلاف المسلف في الثمن بعد أن ذكر صوراً من التخالف قال [فإن كان الثمن في هذا كله دراهم أو دنانير رد مثلها أو طعاماً رد مثله فإن لم][2] يوجد رد قيمته .

وقبيل هذا الباب قال الشافعي : إن أسلف سلفاً فاسداً وقبضه رده ، وإن استهلكه رد مثله إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل .

ونقل عن أحمد بن بشرى المصري عن الشافعي نحوه .

فقال في ما إذا اشترى الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط التبقية وقطع منها شيئاً : قال الشافعي : فإن كان له مثل رد مثله ، ولا أعلم له مثلاً ، وإن

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

لم يكن فقيمته . انتهى .

فهذه نصوص الشافعي قد تظافرت على وجوب المثل ، وهو القياس .

وذكر الرافعي أيضاً في الإقالة ما يقوي ذلك ، فإنه ذكر أن الإقالة جائزة بعد تلف المبيع ، ويرد المشتري مثل المثلى وقيـمة المتقوم ، وعلى هذا اقتصر الرافعي في « الشرح الصغير » .

والذي اقتضاه اطلاق الرافـعي أولا من وجوب القيمة صرح بتصـحيحه الماوردي ، وجزم به الروياني في « البحر» وادعى أنه لا خلاف فيه ، قال : لأن ماله مثل إنما يضمن بالمثل إذا لم يكن مقبوضاً على وجه المعاوضة ، فإن ضمن بها كالمقبوض بسوم أو بيع مفسوخ ، فلا لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل .

ثم قال : وهذا إذا كان قـبل طلب البائع ، فإن طلبه فمنعـه المشتري ثم تلف فوجهان .

وما ادعاه الروياني مع التصريح بهذه النصوص غريب مردود .

فائدة في ما يستثنى من هذه القاعدة :

فنقول : المتقوم يضمن بالقيمة ، ولا يضمن بالمثل إلا في مسائل :

أحدها : جزاء الصيد .

الثاني : العين المقترضة على الصحيح .

الثالث : هدم الحائط كما هو مقتضى كلام الرافعي ، وأجاب به النووي في « فتاويه» ، ونقله فيها عن النص ، وإن كـان مردوداً كما تعرفه في باب الغصب .

الرابـع : طم الأرض كما قاله الرافعي ، والمكاتب إذا حبسه مدة وفرعنا على وجوب التخلية .

الخامس : إذا أتلف رب المال الماشية كلها بعد الحول ، وقبل الإخراج فإن الفقراء شركاء رب المال على الصحيح ، ومع ذلك فإنه يلزمه حيوان آخر لا قيمته .

هكذا جزم به الرافعي وابن الرفعة في زكاة المعشرات في الكلام على ما إذا أتلف المالك الثمرة بعد وجوب الزكاة فيها .

وعلله في باب قسم الصدقات من « الكفاية » بأن إخراجه جائز مع بقاء المال فتعين عند عدمه لأنه قائم مقامه .

وهذا بخلاف ما لو أتلفه أجنبي ، وفي المسألة كلام آخر ذكرناه في زكاة المعشرات .

وأما المثلى فيضمن بالمثل إلا في مسائل .

إحداها : العارية فإنه يضمنها بقيمتها كما هو مقتضى إطلاق الرافعي ، وصرح به الشيخ في « المهذب » .

وجزم ابن عصرون في « المرشد » بوجوب المثلى في المثلى ، وكذلك في كتابه المسمى « بالتنبيه والإشارة على الأحكام المختارة » .

وقال في« الانتصار » : إنه أصح الطريقين ، قال : والطريق الثاني أنه ينبني على أن المتقوم تعتبر قيمته في أي وقت ، فإن اعتبرنا قيمته يوم التلف ضمن المثلى بالقيمة .

وإن اعتبرنا بالأكثر من القبض إلى التلف ضمنه بالمثل .

فإن قيل : فما صورة المستعار المثلى ؟

قلنا : صوره ابن عصرون في « المرشد » بما إذا استعار مثلياً ليرهنه .

قلت : وهذا يشعر بأنه لا يتصور في المستعار الانتفاع على العادة ، وليس كذلك . بل يتصور فيما إذا استعار آنية من النحاس الذي لا يختلف

كالأسطال المربعة أو كانت مختلفة ، ولكنها غير مضروبة بل مصبوبة في قالب كما أوضحوه في السلم .

الثانية : إذا أتلف ماءه في مفازة وقدم الحاضرة فلا يجب مثله كما صرح به الرافعي في الغصب ، وفي غيره لحقارته في الحضر غالباً بالنسبة إلى المفازة .

الثالثة : المستام .

الرابعة : المبيع المفسوخ فلا يضمن الأمرين بالمثل بل بالقيمة بلا خلاف . قاله الروياني في « البحر » .

الخامسة : اللبن في المصراة فإنه لا يضمنه إذا تلف بمثله ، ولا بقيمته ، بل بالثمن .

السادسة : المبيع بيعاً فاسداً على ما تقدم .

وقد يضمن المتقوم بأكثر من قيمته ، وذلك فيما إذا استعار عيناً للرهن، وباعها بأكثر من قيمتها ، فإنه يضمنها بما باعها كما صححه جماعة .

قال في « الروضة » من « زياداته » : وهو الصواب .

وحكى الرافعي عن أكثر الأصحاب وجوب القيمة ، وقد يختلف المضمون باختلاف الضامن كما إذا افتضى بكراً بشبهة أو نكاح فاسد ، وكان من عادتهم مسامحة العشيرة ، فإنه إن كان منهم سومح وإلا فلا .

قال الروياني : وليس لنا مضمون يختلف إلا هذا ،

قوله وإن أنفق على العبد المبيع بيعاً فاسداً مدة جاهلاً ، فعن الصيمري أنه على وجهين . انتهي .

والأصح منهما عدم الرجوع [كذا صححه النووي في « زيادات

الروضة»][١] .

قوله : وإن اشترى جارية شراءاً فاسداً ووطئها المشتري ، فإن كانا عالمين وجب الحد إن اشتراها بميتة أو دم .

وإن اشتراها بخمر أو شرط فاسد لم يجب لاختلاف العلماء . انتهي ملخصاً .

لقائل أن يقول : قد صحح الرافعي في غير هذا الباب كالخلع والكتابة أن الميتة لا تلحق بالخمر ، وقد جزم هنا بالحاقها بالدم .

قلت : السبب فيه أن النظر في الخلع والكتابة إلى ورود العقد على شيء مقصود أو غير مقصود كما هو مقرر في موضعه .

والميتة مقصودة لإطعام الجوارح ، فلهذا ألحقوها بالخمر ، وأوجبوا للزوج مهر المثل وللسيد قيمة الرقبة لأنهما لم يرضيا بإخراج ملكهما مجاناً .

وأما هذا الباب فإن المدار في إسقاط الحد على الأشياء التي يقول أبو حنيفة : إن الشراء بها يفيد الملك ، ولقد ألحقت الحنفية الميتة بالدم في عدم التمليك به كما رأيته في كتبهم ، فلهذا ألحقناه أيضاً به في وجوب الحد فاعلمه .

قوله في المسألة المذكورة : ثم إن كانت بكراً وجب مع مهر البكر أرش البكارة .

أما مهر البكر فللاستمتاع بها ، وأما الأرش فلا تلاف ذلك الجزء . انتهى كلامه .

وهذا الذي جزم به هنا قد ذكر ما يخالفه في مواضع من الكتاب :

أحدها : في الباب الثاني من كتاب الغصب في أول الفصل الثالث منه

---

(١) سقط من أ .

فيما إذا اشترى جارية مغصوبة ووطئها ، وهما جاهلان فقال : فإن كانت بكراً فهل عليه مهر مثلها ثيباً ، وأرش البكارة أو مهر مثلها بكراً ؛ ذكروا فيه وجهين ، ورجحوا الأول . انتهى ملخصاً .

وهذا مع ما تقدم في غاية الغرابة ، فإنه جزم في الشراء الفاسد بإيجاب زيادة لم يوجبها في الغصب ، ولم يحك في إيجابها خلافاً ، مع اختلافهم في أن البيع الفاسد هل يغلظ فيه كما يغلظ في الغصب أم لا ؟

وأما كونه أغلظ فلا قائل به .

والموضع الثاني : في كتاب الجنايات في أواخر الباب الثاني في دية ما دون النفس في الجناية على الحرة ، فذكر فيها كما ذكر في الأمة في الغصب .

والموضع الثالث : في أواخر خيار النقض قبيل الإقالة فقال : ولو افتضى أجنبي الجارية المبيعة قبل القبض بغير الذكر فعليه ما نقص من قيمتها وإن افتضها به فوجهان :

أصحهما : أنه يجب عليه مهر مثلها .

والثاني : يجب أرش البكارة ومهر مثلها ثيباً . انتهي ملخصاً .

وهذا أيضاً مخالف لكل واحد من الموضعين الأولين فتحصلنا في هذه المسألة على ثلاثة [أجوبة] (١) متعارضة تابعه عليها النووي في « الروضة » ، فالمذكور في هذا الموضع مهر بكر ، وأرش بكارة .

وفي خيار النقض مهر بكر فقط ، وفي الغصب والجنايات مهر وأرش بكارة .

وذكر في « المحرر » مسألة الجناية فقط ، وفي « الشرح الصغير » الموضعين الأولين .

---

(١) في جـ : أوجه .

قوله : وإن استولدها فالولد حر للشبهة ، فإن خرج حياً فعليه قيمته يوم الولادة ، وتستقر عليه القيمة بخلاف ما لو اشترى جارية واستولدها فخرجت مستحقة ، فإنه يغرم قيمة الولد ، ويرجع بها على البائع لأنه غره . انتهى .

واعلم أنه سيأتي في ولد المشتري من الغاصب أنه لا يرجع على الصحيح .

قوله : وإن خرج الولد ميتاً فلا قيمة له ، لكن إن سقط بجناية وجبت الغرة على عاقلة الجاني وعلى المشتري أقل الأمرين من قيمة الولد يوم الولادة والغرة . انتهى .

سيأتي أن المغصوبة إذا ولدت من الغاصب أو من المشترى منه ولداً ميتاً بجناية وجبت فيه الغرة على الجاني ، وللمالك عشر [قيمة الأم ، وقيل قيمته لو وضع حياً ، فلو زاد عشر القيمة على الغرة اقتصرنا على عشر](١) القيمة على الصحيح .

قوله :ولو زاد في الثمن أو زاد اثبات الخيار أو الأجل أو قدرهما نظر إن كان ذلك بعد لزوم العقد لم يلحق بالعقد .

وكذا الحكم في رأس مال السَّلم والمُسْلَم فيه والصداق ، وكذا الحط لا يلحق شيء من ذلك بالعقد .

وإن كان ذلك قبل اللزوم فأوجه :

أصحها عند الأكثرين : يلحق مطلقاً لأن الزيادة من أحدهما تدعو الآخر إلى إمضائه .

والثاني : لا [يجوز](٢) مطلقاً .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

والثالث : يلحق في خيار المجلس دون الشرط . فإن قلنا بالجواز فقال أبو علي الطبري والشيخ أبو علي صاحب « التهذيب » وغيرهم : إنه مُفَرَّع على قولنا : الملك في زمن الخيار للبائع .

أو قولنا : موقوف ويفسخ العقد ، فأما إذا قلنا : للمشتري فالزيادة في الثمن لا يقابلها شيء من الثمن ، وكذا الأجل والخيار لا يقابلهما شيء من العوض .

وقال العراقيون : إن الجواز يطرد على الأقوال كلها وفي الحط قبل اللزوم مثل هذا الخلاف . انتهى ملخصاً .

وحاصله أنا إذا قلنا : إن الملك للبائع صح الإلحاق وإن قلنا : للمشتري : فوجهان .

وكلامه يوهم أن الحط أيضاً يجري فيه هذا التفصيل بعينه ، ويمكن التمثيل له بالمعني الذي ذكره في الالحاق ، ولكنه قد صرح بعكسه في الباب الثاني من كتاب الشفعة فقال : وكنا قد ذكرنا في البيع التفات الخلاف في الإلتحاق إلى الخلاف في الملك في زمن الخيار ، [وعلى ذلك جرى الإمام وآخرون هاهنا فقالوا : إن قلنا : إن الخيار] (١) لا يمنع ثبوت الملك للمشتري ، فكما يملك المشتري المبيع يملك البائع الثمن فينفذ تصرفه فيه بالإبراء لمصادفته ملكه .

قال الإمام : وفيه احتمال لأن الثمن متعلق حق المشتري .

وإن قلنا : الملك للبائع أو موقوف ففي صحة الحط وجهان عن القاضي.

أحدهما : الصحة لجريان الناس عليه في الأعصار الخالية .

والثانية : المنع ، لأنه تصرف فيما ليس بمملوك له . هذا كلامه .

وهو على العكس كما تقدم ذكره ، ثم إنه في الشفعة جعل قول الوقف

---

(١) سقط من جـ .

كقول الملك للبائع على خلاف ما فصله هاهنا .

وقد استفدنا أيضاً مما قاله هناك أن الإبراء من أمثلة الحط .

واعلم أن ذكر الصداق في هذه الأمثلة إنما هو مفرع على قول ضعيف ، وهو اثبات الخيار فيه ، والصحيح خلافه .

قال ـ رحمه الله ـ : القسم الثاني من المناهي ما لا يدل على الفساد .

قوله في أصل « الروضة » : عند التُنَّاء .

هو بتاء مضمومة ثم نون مشددة ثم همزة ، وهو جمع تانيء ، والتانيء من يخزن الأقوات ويجمع أيضاً التانيء على وزن [الفعال بزيادة ألف وكذا كل صفة على وزن][1] فاعل تجمع على الفعل والفعال .

قوله : وإذا جوزنا التسعير فسعر الإمام فخالفه استحق التعزير، وفي صحة البيع وجهان مذكوران في «التتمة» انتهى .

قوله : في بيع الحاضر للبادي وهو مأثوم بشروط أحدها : أنْ يكون عالماً بورود النبي فيه . وهذا شرط يعم جميع المناهي . انتهى كلامه .

ويستثنى منه النجش فإنه يحرم على من لا يعلم ، وورود النهي كما نقله بعد عن الشافعي والأصحاب وإن كان فيه نزاع قد ذكرته .

قوله : روى أن النبي نادى على قدح ، وحلس لبعض أصحابه ... الحديث [2] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه أبو داود (١٦٤١) والترمذي (١٢١٨) والنسائي (٤٥٠٨) وابن ماجة (٢١٩٨) وأحمد (١١٩٨٦) والطيالسي (٢١٤٦) والطبراني في « الأوسط » (٢٦٤٠) وابن أبي شيبة (٤/ ٢٨٦) والبيهقي في « الشعب » (١٢٠١) وفي « الكبرى » (١٠٦٦٨) والطحاوي في «شرح المعاني» (٣٩٣٤) وأبو نعيم في « الحلية » (٣/ ١٣٢) والحارث في « مسنده » (١٣٠٧) وابن الجارود في « المنتقى » (٥٦٩) من حديث أنس بسند ضعيف .

ضعفه ابن القطان والحافظ ابن حجر والألباني وغيرهم .

الحلس بحاء مهملة ولام ساكنة وسين مهملة كساء رقيق يكون تحت برذعة البعير .

ويقال أيضاً : حلس بفتح الحاء واللام . قاله الجوهري .

قوله : وشرط القاضي ابن كج كتحريم البيع أن لا يكون المشتري مغبوناً غبياً مفرطاً ، فإن كان فله أن يعرفه ، ويبيع على بيعه لأنه ضرب من النصيحة. انتهى كلامه .

قال النووي في « الروضة » : هذا الشرط تفرد به ابن كج ، وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث ، فالمختار أنه ليس بشرط .

قوله : واعلم أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أطلق في « المختصر » معصية الناجش .

وشرط في معصية من باع على بيع أخيه أن يكون عالماً بالحديث الوارد فيه ؛ قال الشارحون : السبب فيه أن النجش خديعة ، وتحريم الخديعة واضح لكل أحد ، معلوم من الألفاظ العامة ، وإن لم يعلم هذا الخبر بخصوصه .

والبيع على بيع الأخ إنما يعلم تحريمه من الخبر الوارد فيه ، فلا يعرفه من لا يعرف الخبر ...إلى آخر ما ذكره .

تابعه في « الروضة » على ذلك ، وقد نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على المسألة ، وشرط في تحريم النجش أن يعلم بالحديث . كذا نقله البيهقي في «السنن الكبير » فقال : قال الشافعي : فمن نجش فهو عاصٍ بالنجش إن كان عالماً بنهي رسول الله ﷺ . هذا لفظه بحروفه .

وقد ذكر ـ أي : الشافعي ـ في اختلاف الحديث نحوه أيضاً ، والحاصل أن مذهب الشافعي في البيع على البيع ، وفي النجش واحد ، وهو اشتراط العلم ، غير أنه سكت عن بيانه في موضع ، فعلم بذلك سقوط جميع ما ذكر في هذا الفصل من التوجيه والاعتراض عليه . والغريب أن هذا النص

قد نقله في « التتمة » ومعلوم كثرة نقل الرافعي عنها .

قوله : وفي جواز التفريق بين الأم وولدها بالرد بالعيب اختلاف لأصحابنا . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » والأصح فيه المنع ، وستعرفه واضحاً في بابه.

قوله : وعن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي أنه إذا اشترى جارية وولدها الصغير ثم تفاسخا البيع في أحدهما جاز . انتهى .

تابعه في « الروضة » على نقله عن الشيخ وإقراره عليه ، وهذا النقل صحيح ، ذكره الشيخ في كتابه المسمى « بالنكت والعيون » المعقود للخلاف بيننا وبين أبي حنيفة ، وإنما ذهب إليه لأن اختياره جواز التفريق بالفسخ كما صححه في باب الرد بالعيب من « المهذب » ، والصحيح خلافه ، فاعلم ذلك .

قوله : والتفريق بين البهيمة وولدها هو بعد استغنائه عن اللبن ، وعن الصيمري حكاية وجه آخر . انتهى .

هذا الوجه على ما قاله النووي في « الروضة » إنما هو في غير الذبح ؛ أما ذبح أحدهما فجائز بلا خلاف .

قوله : وبيع الرطب والعنب ممن يتحقق أنه يتخذ منها النبيذ والخمر ، منهم من قال : مكروه ، ومنهم من قال : حرام . انتهى .

والذي قاله الرافعي ـ رحمه الله ـ مثال للتصرف أو الفعل المفضى إلى المعصية .

وقد نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في « الأم »[1] على المسألة فقال في آخر كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى قبيل كتاب إبطال الاستحسان ما نصه : ألا ترى أن رجلاً لو اشترى سيفاً ، ونوى بشرائه أن يقتل به كان

(١) انظر الأم (٧/ ٤٨٧) .

الشراء حلالاً وكانت النية بالقتل غير جائزة ، ولم يبطل بها البيع، وكذلك لو باع البائع سيفاً من رجل يراه يقتل به رجلاً كان هكذا . هذا لفظه بحروفه .

فقد جوز الشراء وهو نظير البيع بلا شك لا سيما وقد ذكر بعد ذلك بأن البيع كالشراء .

وقد صحح النووي في « الروضة » التحريم على خلاف هذا النص ؛ وللمسألة نظائر :

أحدها : إذا تبايع اثنان بعد النداء أحدهما عليه فرض الجمعة دون الآخر فهل يأثمان أم لا يأثم إلا من توجهت عليه الجمعة ؟ فيه خلاف .

وقد تقدم الكلام عليها مبسوطاً في موضعها .

ومنها إذا غلب على ظنه أن المسلم عليه لا يرد السلام ففي « الروضة » من « زياداته » في أثناء كتاب السير أنه يسلم .

ومنها : إذا نسج حريراً خالصاً وكان ذلك لا يستعمله إلا الرجال : قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام في « الفتاوي الموصلية » : فيكره ذلك كراهة شديدة لأنه إعانة على المعصية .

قال : ولا يبعد تحريمه .

وذكر الشيخ تقي الدين ابن رزين هذا المسألة في « فتاويه » أيضاً . وقال: إنه يحرم . وهو مقتضى كلام العماد بن يونس في « فتاويه » أيضاً .

ومنها : إذا صلى إلى سترة فإنه لا يجب عليه دفع المار بينه وبينها . بل يستحب وإن كان المرور حراماً . وقد سبق الكلام عليها في موضعها مبسوطاً .][1] .

---

(١) سقط من أ .

ومنها : قال الإمام : لا يجب اليمين قط .

قال الشيخ عز الدين في « القواعد الكبرى » : وليس على إطلاقه ، بل يمين المدعي عليه إن كانت صادقة وكان المدعي بها مما لا يباح بالإباحة كالربا وكالدماء والأبضاع . فإن علم أن خصمه لا يحلف إذا نكل فيتخير إن شاء حلف ، وإن شاء نكل .

وإن علم أنه يحلف أو غلب على ظنه فلا يحل النكول .

وإن كان يباح بالإباحة ، وعلم أو ظن أنه لا يحلف تخير أيضاً ، وإلا فالذي أراه أنه يجب الحلف دفعاً لمفسدة كذب الخصم .

قال : وهذا التفصيل جارٍ في يمين المدعي .

قوله : وليس من المناهي بيع العينة .

هو بعين مهملة مكسورة ثم ياء بنقطتين من تحت وبعدها نون .

قوله : وعن الصميري أن بيع المصحف مكروه .

قال : وقد قيل : إن الثمن متوجه إلى الدفتين لأن كلام الله تعالى لا يباع، وقيل : إنه بدل من أجرة النسخ . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن الصميري من كراهة البيع قد نص عليه الشافعي كما قاله النووي من « زياداته » [وصححه في « شرح المهذب »][1] قال : وقال الروياني وغيره : لا يكره .

الأمر الثاني : أن النووي في « الروضة » قد أسقط الخلاف في الثمن المأخوذ عن المصحف ، ولم يذكره في « الروضة » .

قوله من « زوائده » : قال صاحب « التلخيص » : نهى عن بيع الماء ، وهو محمول على ما إذا أفردنا ماء عين أو بئر أو نهر بالبيع .

---

(١) سقط من أ .

فإن باعه مع الأرض بأن باع أرضاً مع شربها من الماء في نهر أو وادٍ صح، ودخل الماء في البيع . انتهى كلامه .

وما ذكره من صحة البيع فيهما قد ذكر ما يخالفه في أواخر إحياء الموات، فصحح في الأرض دون الماء وسأذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه .

الباب الرابع
من جهة تفريق الصفقة

قوله : وإذا جمع بين شيئين أحدهما : يجوز العقد عليه ، والآخر لا يجوز ، كمن باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة ففي صحة البيع في عبده قولان :

أصحهما : أنه يصح . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ترجيح الرافعي وغيره الصحة ليس هو مذهب الشافعي ـ رحمه الله ـ فإنه إذا كان للمجتهد في المسألة قولان ، وعلم المتأخر منهما كان الأول مرجوعاً عنه ، والثاني هو مذهبه بلا نزاع .

والقول بالصحة قد رجع عنه ، واستقر مذهبه على القول بالبطلان . كذا ذكره الربيع في « الأم» بل كتاب اللقطة الصغير وعبر بقوله : إن البطلان هو آخر قوليه ، وهذه دقيقة غفلوا عنها ينبغي التفطن لها ، لا سيما وهي جارية في أبواب كثيرة .

الأمر الثاني : أنه يستثني مما قاله الرافعي في هذه القاعدة مسائل .

إحداها : إذا أجر الراهن العين المرهونة مدة تزيد على محل الدين ، فإن الصحيح على ما قاله الرافعي في الرهن بطلان الكل .

وقال الماوردي والمتولي : يبطل في القدر الزائد وفي الباقي قولا تفريق الصفقة .

وحينئذ يصح على الصحيح بقسطه من الأجرة .

الثاني : إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين فزاد عليه بطل في الكل على الصحيح في الرافعي ، وقيل يخرج على هذا الخلاف .

الثالث : إذا فاضل في الربويات حيث منعناه كما لو باع صاعاً بصاعين فإن يبطل في الجميع ، وكان القياس تخريجه على القاعدة المعروفة إذا قلنا : يخير بكل الثمن حتى يبطل العقد في صاع ، وفي الباقي القولان .

الرابع : إذا زاد في العرايا على القدر الجائز ، وهو خمسة أوسق أو دونها فإنه يبطل في الكل ، ولم يخرجوه على هذه القاعدة .

قوله في المسألة المذكورة : واختلف في تعليل [المنع][(١)] فقيل : لأن اللفظة واحدة لا يتأتى تبعيضها ، وقيل : لأنه لا يدري حصة كل منهما عند العقد فيكون الثمن مجهولاً ، ويبنى على العلتين ما لو جمع بينهما فيما لا عوض فيه كما لو رهنمها أو وهبهما ، أو فيه عوض لا يفسد بفساده كما لو عقد على مسلمة ومجوسية أو يفسد لكن لا جهالة فيه كبيع العبد المشترك .

فعلى الأول يأتي القولان في هذه الصورة ، وعلى الثاني تكون صحيحة جزماً . انتهى .

لم يصحح أيضاً شيئاً من هذا الخلاف هنا في « الشرح الصغير » ولا في « الروضة » ، والصحيح هو الأول فقد جزم بطريقة القولين في الباب الأول من أبواب الرهن ، وسأذكر لفظه هناك .

وجزم بها أيضاً في « المحرر » فإنه مثل بالعبد المشترك وخرجها على القولين ، واختلف فيه كلام النووي في « شرح المهذب » فقال في أوائل باب تفريق الصفقة ما نصه : فإن قلنا : لا يصح ففي عكسه وجهان، وقيل: قولان :

---

(١) سقط من أ .

أصحهما : الجمع بين حلال وحرام .

والثانية : جهالة العوض المقابل للحلال . انتهى .

وحينئذ فمقتضى هذا الكلام أن الصحيح في ما لا عوض فيه هو طريقة القولين .

وقال بعد ذلك بنحو ورقة : فرع :

لو رهن عبده ، وعبد غيره ، أو عبده وحراً أو وهبهما أو زوج موليته وغيرها ، أو مسلمة ومجوسية ،أو حرة وأمة لمن لا تحل له الأمة ، فإن صححنا البيع في الذي يملكه فهاهنا أولى ، وإلا فقولان بناءً على العلتين ، إن عللنا بجاهلة العوض صح .إذ لا عوض هنا ؛ وإن عللنا بالجمع بين حلال وحرام فلا .

وإن شئت قلت : فيه طريقان :

المذهب : الصحة .

والثاني : قولان . انتهى كلامه .

فتصحيحه لطريقة القطع مناقض لما قدمه .

قوله : ولو اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل القبض فطريقان :

أحدهما : على القولين .

وأظهرهما : القطع بعدم الانفساخ . انتهى ملخصاً .

وما صححه هاهنا من طريقة القطع قد جزم بعد ذلك بما يخالفه فقال في الكلام على حكم المبيع قبل القبض ما نصه : إذا اشترى عبدين ، وتلف أحدهما قبل القبض انفسخ البيع فيه ، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة . هذا لفظه .

ووقع الموضعان كذلك في « الروضة » و«الشرح الصغير » وجزم في «المحرر» بطريقة القولين ، لكن عدل النووي في « المنهاج » عن التعبير ،

بالقولين ، وعبر بالمذهب ، وهـذه العبارة ليس فيها تصريح بتـصحيح أحد الطريقين . ووقع في « الشـرح الكبير » و«الروضـة» موضع ثالث جزم فـيه بطريقة القولين أيضاً ، وسلم منه « الشرح الصغـير » وهو قبل مداينة العبيد في أول الكلام على وضع الحوائج .

قولـه في المسألة : والطريقـان جاريان فـيمـا إذا تفرقـا في السلم وبعض رأس المال غير مقبوض أو في الصرف وبعض العوض غير مقبوض . انتهي.

هذه المسألة فيها كلام سبق في باب الربا فليراجع منه .

قوله : القـسم الثاني : أن يكون اختـيـارياً كمن اشـتري عبـدين صفـقة واحدة فوجد بأحدهما عيباً فهل له إفراده بالرد ؟ فيه قولان :

أظهرهما : لا .

ثم قال : فإن لم نجـوز الإفراد فقال : رددت المعـيب فهل يكون ذلك رداً لهما ؟ فيه وجهان :

أصحهما : لا ، بل هو لغو . انتهى كلامه .

وما ذكـره من كونه لغـو حتى يكون رجـوعه كعـدمه ولا يترتـب عليه شيء، قد تابعه عليه في « الروضة » وقـياس المذهب أن يكون ذلك مسقطاً لخياره فإنه اعراض واشتغال بما لا يفيد ، وتقصير .

وحينئذ فلا يتمكن بعد ذلك من الفسخ على خلاف ما يوهمه كلامه .

قوله : ولو تلف بعد ذلك أحد العبدين أو باعه ، ووجد بالباقي عيباً ففي إفراده بالرد قولان ، ثم قال : فإن قلنا : لا يجوز : فوجهان ، ويقال : قولان :

أصحهما : أنه لا فسخ .

والثاني : أنه يضم قيمة التالف إلى الـباقي ويردهما ويفسخ العقد ، وهو اختيار القاضي أبي الطيب ، واحتج له بأن النبي ﷺ أمر في المصراة برد الشاة وبدل اللبن الهالك . انتهي كلامه .

وهذا الذي حكاه عن القاضي أبي الطيب غلط ، وعلى العكس ، مما ذكره في « تعليقه » ، فإنه حكى عن بعض أهل خراسان أنه يرد الباقي وقيمة التالف أخذاً من المصراة .

ثم رد عليه القاضي فقال في باب الخراج بالضمان في فصل أوله ، قد ذكرنا أنه إذا اشترى ما نصه : وقال بعض أهل خرسان بفسخ العقد على هذا القول فيهما جميعاً ، ثم يرد الباقي بقيمة التالف ويسترجع كما قال النبي ﷺ في المصراة أنه يرد الشاة وقيمة اللبن ويسترجع جميع الثمن ، وهذا خطأ ، ومخالف لنص الشافعي . هذا لفظ القاضي بحروفه ومن «تعليقه » نقلت .

واعلم أن صاحب « الشامل » نقل كلام القاضي بعبارة موهمة فقال : حكى القاضي أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه يفسخ العقد .

قال : وهذا هو السنة لحديث المصراة ، ثم إن صاحب « البيان » نقل كلام ابن الصباغ متوهماً أن الضمير في (قال) عائد على القاضي فأبرزه فقال: قال القاضي : وهذا هو السنة فيظهر والله أعلم أن يكون وقوع هذا هو السبب فيما وقع للرافعي لما علم من كثرة نقل الرافعي عن « البيان » وكثرة نقل « البيان » عن « الشامل » ونقل « الشامل » عن تعليق أبي الطيب.

قوله في المسألة : فعلى هذا ـ يعني رد الباقي مع قيمة التالف ـ لو اختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري لأنه غارم ، وروي في « التتمة» وجهاً أن القول قول البائع . انتهى .

زاد في « الروضة » على هذا فقال : إنه وجه شاذ ، وما ادعياه من كونه وجهاً وزاد عليه النووي فجعله شاذاً ليس كذلك ، فقد نص عليه الشافعي في «البويطي» ، فإنه قد نص على أنه يضم قيمة التالف إلى

الموجود ويردهما ، وعلى أنهما إن تنازعا في القيمة فالقول قول البائع .

وأما نقله ذلك عن « التتمة » فغلط ، فإنه عبر بقوله : المذهب المشهور أن القول قول المشتري ، وفيه طريقة أخرى أن القول قول البائع . هذا لفظه.

والطريقة قد يراد بها القول ، وقد يراد بها الوجه .

ثم صرح - يعني صاحب « التتمة » بعد ذلك بأسطر أن الخلاف قولان.

واعلم أن التفريع أنما هو في منع الرد فيما تلف بعضه ، فأما التفريع على الذي قد باع بعضه فلم يذكره هنا ، بل ذكره في أواخر الرد بالعيب بنحو خمسة أوراق من « الروضة » تقريباً .

قوله : لو باع شيئاً يتوزع الثمن على أجزائه بعضه له ، وبعضه لغيره ، كما لو باع عبداً يملك نصفه ترتب ذلك على ما لو باع عبدين أحدهما له والآخر لغيره .

فإن صححنا فيما يملكه فكذلك هاهنا ، وإلا فقولان :

إن عللنا بالجمع بين الحلال والحرام لم يصح .

وإن عللنا بجهالة الثمن صح لأن حصة المملوك هاهنا معلومة .

ثم قال : ولو باع جملة الثمار وفيها عشر الصدقة ، وقلنا : لا يصح في قدر الزكاة فالترتيب في الباقي كما ذكرنا فيما لو باع عبداً له نصفه ، ولو باع أربعين شاة وفيها قدر الزكاة ، وفرعنا على امتناع البيع في قدر الزكاة فالترتيب في الباقي كما مر فيما لو باع عبده وعبد غيره . انتهى .

وهذا الذي قاله في الشياه مشكل لأنهم اختلفوا في كيفية الشركة على وجهين حكاهما الرافعي في الزكاة من غير ترجيح :

أحدهما : أن الواجب ربع عشر كل شاة .

والثاني : شاة مبهمة .

وحينئذ فنقول : إن قلنا بالشيوع فيكون كمن باع عبداً يملك نصفه لا قلنا باع عبده وعبد غيره كما يقوله الرافعي .

وإن مكن بالإبهام فلا يصح قطعاً لعدم التعيين .

قوله : ومما يتفرع على هاتين العلتين لو ملك زيد عبداً وعمرو عبداً فباعاهما صفقة واحدة بثمن واحد ففي صحة العقد قولان .

وكذا لو باع من رجلين عبدين ، لهذا عبد ، ولهذا عبد بثمن واحد [إن عللنا][1] بالجمع بين الحلال والحرام صح .

وإن عللنا بجهالة العوض لم يصح لأن حصة كل واحد منهما مجهولة . انتهى كلامه .

وهذا البناء ذكره البغوي فتابعه عليه الرافعي ، ثم قال ـ أعنى الرافعي ـ في الباب الثاني من كتاب الصداق أنه لا فرق بين أن يبيعا بأنفسهما أو بوكيلهما .

إذا علمت ذلك ففيه أمور :

أحدها : أن الصحيح من هذا الخلاف هو عدم الصحة كما صححه النووي في « تصحيح التنبيه » .

الأمر الثاني : أنه يستثنى ما إذا اختلط حمام برج بغيره ، ولم يتميز أحدهما من الآخر ، فإنه يجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه لصاحبه على الأصح ، وإن كان مجهول القدر والصفة . كذا قاله الرافعي في كتاب الصيد ، وعلل بالضرورة ، وكذا البيع لثالث على كلام فيه للرافعي قال : وهكذا إذا انصبت حنطته على حنطة غيره أو مائعه على مائع غيره ، لكن لو باع نصيبه لثالث لم يجز .

---

(١) سقط من أ .

الثـالث : لقائل أن يقول : إن هذا يستقيم في العقد الواحد ، وهاهنا عقدان لأن الصفقة تتعدد للبائع قطعاً ، وتتعدد للمشتري على الصحيح فينبغي الجزم بالبطلان .

قوله : ولو اشتري حراً أو عبداً ، أو خلاً أو خمراً أو مذكاة وميتة وقلنا : بالأصح ، وهو أنه يصح [فيما يصح](1) وأن الإجازة بالقسط ففي كيفية التوزيع وجهان :

أصحهما عند الغزالي أنه ينظر إلى قيمتها عند من يرى لها قيمة .

والثاني : تقدر الخمر خلاً ويوزع عليهما باعتبار الأجزاء ، وتقدر الميتة مذكاة ، والخنزير شاة .

وقيل : تقدر الخمر عصيراً والخنزير بقرة . انتهى ملخصاً .

اعلم أن هذه المسألة فرد من أفراد قاعدة متكررة في أبواب وهي أنه إذا اشتمل العقد على ما لا قيمة له عندنا فهل تعتبر قيمته عند أهله أو نقدره بما يشبهه مما له قيمة عندنا ؟

وإذا قدرنا ، فما الذي نقدر به ؟ .

وهذه القاعدة قد حصل فيها اختلاف شديد في الكتاب ، وقد عرفت ما قاله هنا .

وقال في أثناء الباب الأول من كتاب الوصية : وإذا خلف ثلاثة كلاب وأوصى بواحد منها ففي كيفية اعتباره من الثلث أوجه :

أصحها وبه قطع بعضهم :أنه ينظر إلى عدد الرؤوس وينفذ في واحد منها .

والثاني : ينظر إلى القيمة بتقدير المالية .

---

(1) سقط من أ .

والثالث : تقوم منافعها ، ولو لم يخلف إلا كلباً وطبل لهو وزق خمر محـترمـة فأوصى بواحـد منها فـلا يجرى الوجه الأول ولا الثـالث لأنه لا تناسب بين الرؤوس ولا بين المنافع فيتعين اعتبار القيمة . انتهى .

ثم ذكر المسألة أيضـاً في باب نكاح [المشركات في الكلام][1] على مـا تستحـقه المرأة إذا أصدقها زوجـها المشرك صداقـاً فاسداً فقبـضت بعضه ثم أسلما فقال : فإن سـموا جنساً واحداً متعدداً كخنزيرين فهل يعـتبر عددهما أو قيمـتهما بتقـدير ماليتهـما ؟ فيه وجهـان أصحهما : الثـاني، وإن سموا جنسين فأكثر كزقي خـمر وكلبين وثلاث خنازير ، وقبضت أحد الأجناس، فهل ينظر [إلى][2] الأجناس فكل جنس في هذه الصورة ثلث أم إلى الأعداد فكل فرد سبع أو إلى القيمة بتقدير المالية ؟ فيه أوجه أصحها الثالث .

وإذا قلنا : ففيه أوجه :

أصحها : أنه تعتبر قيمتها عند أهلها .

والثاني : يتقدر الخمر خلاً ، والخنزير بقرة ، والكلب شاة .

والثـالث : يقدر الكلب ، فهـداً لاشتراكهمـا في الاصطياد ، والخنزير حيواناً يقاربه في الصورة والفائدة . انتهي .

وقال في أوائل الصداق : ولو أصدقها خمراً أو خنزيراً أو ميتة فقولان:

أصحهما : وجوب مهر المثل .

والثاني : يرجع إلى بدل المسمى ؛ فعلى هذا تقدر الميتة مذكاة .

وأما الخنزير فقال الغزالي هنا : إنه يقدر شاة .

وقال الإمام وصاحب « التهذيب » : يقدر بقرة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وأما الخمر فتقدر عصيراً ويجب مثله .

وقد حكينا في نكاح المشركات وجهاً أنه يقدر خلاً ، ولم يذكروا هناك اختيار العصير ، والوجه التسوية .

ووجهاً أنه تعتبر قيمة الخمر عند أهلها ، وينبغي ترجيحه كما سبق فيه، وفي البيع . انتهى ملخصاً .

وقد تابعه النووي في « الروضة » على هذه المواضع وزاد هنا ـ أعني في البيع ـ فقال قلت : هذا الذي صححه الغزالي هو احتمال الإمام ، والأصح هو الثاني وبه قطع الدارمي والبغوي وآخرون ، وحكاه الإمام عن طوائف من أصحاب القفال ، والله أعلم .

وحاصله ما تقدم من الاختلاف قد وقع في هذه المسألة ثلاثة أوجه :

أحدها : أن النووي صحح في البيع التقدير لا تقويمها عند أهلها ، وصحح في نكاح المشركات العكس ، وأشار في الصداق لترجيحه ، وقطع هو والرافعي في الوصية بالتقويم بتقدير المالية .

الثاني : أنهما صححا في الجنس الواحد في نكاح المشركات النظر إلى قيمته بتقدير المالية لا إلى العدد ، وصححا في الوصية العكس .

الثالث : أنا إذا قلنا بالتقدير ففي البيع أن الخنزير يقدر شاة ، وقيل : بقرة ، وفي الصداق يقتضي ترجيح العكس لأنه نقله عن الإمام والبغوي ونقل التقدير بالشاة عن الغزالي وحده ، وفي نكاح المشركات لم يذكر الشاة بالكلية .

وأما الخمر ففي البيع أنه يقدر خلاً ، وقيل : عصيراً وهو موافق لنكاح المشركات ، لكن في الصداق أنه يقدر بالعصير .

ثم قال : وقياسه أن يجئ فيه وجه بتقديره خلاً .

واعلم أن ما نقله عن الإمام في الصداق من تقدير الخنزير بقرة ليس له ذكر في « النهاية » في شيء من هذه المواضع .

قوله : ولو اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل القبض فأجاز فالواجب قسطه من الثمن ، وعن أبي إسحاق المروزي طرد القولين فيه . انتهى .

وما ذكره هنا من حكاية الخلاف هو الصواب ، وادعى في « المحرر » أنه لا خلاف فيه فقال : وتكون الإجازة بالحصة بلا خلاف ، وعبر عنه في « المنهاج » بقوله : قطعاً .

وسبب الذي قاله في « المحرر » أن الرافعي لم يحك هذا [الخلاف][1] عند ذكر المسألة في موضعها ، بل حكاه في أثناء الباب .

قوله : فرع :

ولو باع شيئاً من مال الربا بجنسه ثم خرج بعض أحد العوضين مستحقاً ، وصححنا العقد في الباقي وأجاز فالواجب حصته بلا خلاف لأن الفصل بينهما حرام ، انتهى .

وما ادعاه من عدم الخلاف قد تابعه عليه أيضاً في « الروضة » وليس كذلك ، فقد رأيت في هذا الباب من « الكافي » للخوارزمي الجزم بتخريج المسألة على القولين المعروفين في أنه يخير بالكل أو بالبعض وكذلك إذا خرج أحدهما لا قيمة له .

قوله : فرع آخر :

باع معلوماً ومجهولاً ، وقلنا بتفريق الصفقة ففي صحته في المعلوم قولان مبنيان على أنه كم يلزمه من الثمن؟ إن قلنا : الجميع صح .

وإن قلنا : الحصة فلا لتعذر التوزيع . انتهى ملخصاً .

---

(١) سقط من أ .

وصورة المجهول أن يقول : بعتك هذا العبد وعبداً آخر ، وبه صور في « شرح المهذب » تبعاً للشيخ أبي حامد ، والجرجاني وغيرهما .

أما لو كان مجهولاً عند العاقد فقط ، ولكنه كان معيناً في نفس الأمر كما لو باع حاضراً وغائباً ، وقلنا بفساد بيع الغائب ، ففي صحة الحاضر القولان المعروفان فيما إذا باع عبده وعبد غيره . قاله البغوي في « فتاويه» .

قوله في المسائل الدورية فيما إذا باع كراً جيد بكر رديء يتقابلا لأن البيع لا ينفذ إلا في الثلث ، والإقالة إنما تصح في ثلث مال المقيل . انتهى .

وهذا التعبير غير مستقيم ، والصواب أن يقول : لأن المحاباة فيهما إنما تنفذ في الثلث ، وأما ما يصحان فيه فلا، ثم قال : فيأخذ ثلث عشرة ونصف شيء . انتهى .

مراده بنصف الشيء ما صحت فيه المحاباة بالبيع وبالعشرة ما يبطل فيه البيع ، وما صح فيه زيادة على المحاباة ، فكأنه إنما اعتبر ثلث ذلك لأنه قدر محاباة المقيل ، وهو مخالف لما في « النهاية » ، فإنه اعتبر النصف فقال : تصح الإقالة في شيء ، ويرجع إليه نصف ذلك لأن الإقالة إذا صحت في خمسة أثمان فهي عشرة ، ورجع إليهم خمسة وكان بقى في أيديهم مما يبطل به البيع سهم ومما بطلت فيه الإقالة أربعة ، فقد صح في عشرة ورجع إليهم خمسة فمجموع ما معهم عشرة ، ضعف المحاباة وهي خمسة . هذا كلامه .

ثم أوضحه الإمام بطريقة الخلاف .

قوله : وأما القسم الثاني وهو أن تجمع الصفقة عقدين مختلفين في الحكم كإجارة وسَلَم ففيه قولان :

أصحهما : أن العقد يصح فيهما . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن الرافعي قد ذكر في آخر الباب الأول من كتاب المسابقة ما حاصله أن شرط القولين أن لا يكون أحد العقدين لازماً والآخر جائزاً ، فقال : فرع أورده الصيدلاني وغيره أنه لو اشترى منه ربوياً وعَقَدَ عَقْدَ المسابقة بعشرة ، فإن جعلنا المسابقة لازمة فهو كما لو جمع في صفقة واحدة بين بيع وإجارة ، وفيه قولان .

وإن جعلناها جائزة لم يجز لأن الجمع بين جعالة لا تلزم ، وبيع يلزم في صفقة واحدة لا يمكن هذا لفظه .

الأمر الثاني : أنه يرد عليه ما إذا باع عبدين ، وشرط الخيار في أحدهما أو شرط في أحدهما خيار يوم ، وفي الآخر يومين ، فإنه عقد واحد بلا خلاف ، لأن تعدد العقد إما لتعدد البائع أو المشتري أو لتفصيل الثمن ، وجميعها منتف هنا ، ومع ذلك فهو على القولين كماصرح هو به في الكلام على أسباب الخيار .

وكذلك إذا اشتمل العقد على ما يشترط فيه التقابض وما لا يشترط كصاع حنطة ، وثوب بصاع شعير فإنه عقد واحد ، وفيه القولان كما ذكره الرافعي في قاعدة مُدّ عجوة ؛ قال : ومثله البيع والصرف .

الأمر الثالث : أنه لو خلط ألفين بألف [لغيره وقال صاحب الألفين : شاركتك على إحداهما وقارضتك على الأخرى][1] فقيل صح ولا يخرج على الجمع بين مختلفي الحكم ، وإن كانا عقدين كما صرح هو به أيضاً في باب القراض .

قال : لأنهما راجعان إلى الإذن في التصرف ، ثم إن التقييد بكون العقدين مختلفي الحكم ، هل هو تكرار أم احتراز عن شيء؟ [فليتأمل

(١) سقط من أ .

وحذف في « المنهاج » لفظ (عقدين) مع ذكر الرافعي له في « المحرر »][(١)] .

وذكره هو له في « الروضة » فقال : وإن جمع بين مختلفى الحكم ويرد عليه ما إذا باع شقصاً وسيفاً فإنه يصح جزماً كما صرح به الرافعي هنا لكونه عقداً واحداً ، وإن كان الشقص يؤخذ بالشفعة بخلاف السيف .

قوله : ولو جمع بين البيع والنكاح صح النكاح بلا خلاف ، وفي البيع والمسمى في النكاح القولان . انتهى .

تابعه في « الروضة » على دعوى نفي الخلاف في النكاح وكذا ذكره الرافعي أيضاً في « الشرح الصغير » ، وليس كذلك لأن النكاح يفسد بفساد الصداق على قول قديم مشهور مذكور في الصداق وقد فسد . الصداق هنا على قول فيفسد بفساده أيضاً النكاح ، وقد صرح بحكايته هنا ابن يونس في « شرح التنبيه » .

قوله : وتتعدد الصفقة بتفصيل الثمن كقوله : بعتك هذا بكذا ، وهذا بكذا ، وبتعدد البائع ، وكذا بتعدد المشتري في أصح القولين . انتهى ملخصاً.

وهذا الذي قرره من الجزم بالتعدد عند تعدد البائع والخلاف عند تعدد المشتري إنما هو خاص بهذا الباب . فأما العرايا والشفعة فبالعكس .

أما العرايا فقد تقرر أن الزيادة على خمسة أوسق في عقد واحد ممتنعة ، وكذا الخمس على الصحيح ، بل لا بد من النقصان ، ويجوز ذلك في عقود .

فإذا اشترى رجلان بسبعة أوسق مثلاً من رجلين فجوازه واضح وإن اشترى رجلان من رجل جاز جزماً ، فإن كان بالعكس كما إذا اشترى رجل من رجلين [فيجوز] [(٢)] على الصحيح كما هو مذكور في موضعه ، وهو

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من جـ .

بالعكس مما تقدم .

وأما الشفعة فقد تقرر أنه لا يجوز للشـفيع تبعيض الصفقة الواحدة على المشتـري ، فلو اشتـرى رجلان من رجل كـان للمشـتري أن يأخذ نـصيب أحدهما جزمـاً . وإن اشترى رجل من رجلين فوجهان ، والـصحيح الجواز وهو أيضاً عكس ما تقدم ، وقد ذكره الرافعي هنا .

قوله : وإذا قلنا : تتـعدد الصفـقة بتعدد المشـتري فخـاطب واحد رجلين فقـال : بعتكمـا هذا العبـد بألف فقبل أحدهمـا نصفـه بخمـسمائـة فأصح الوجـهين أنه لا يصح لأن الايجـاب وقع جـملة ، وهو يقـتضي جوابهـمـا جميعاً. انتهى ملخصاً .

وعـدم الصحـة نقله الإمـام عن الأصحـاب ، وصحـحـه البغـوي ثم الرافعي؛ لكن الأكثرون علـى خلافه ، فقد جزم بالصحـة الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي والبندينجي والجرجاني .

وقال المتولي : إنه المذهب ؛ والإمام : إنه أظهـر في القياس ، ورجحه الغزالي والروياني في « الحلية » وكذلك ابن الرفـعة ، واستدل عليه بأنه لو توقف صحة قبول أحدهما على قبول الأخر لم يصح العقد .

قوله : وقد يعرض للـناظر تخريج خلاف في تعدد الصفقـة بتعدد البائع من وجهين ذكروهما فيما إذا باع رجلان عبداً مشتركاً بينهما من إنسان ، هل لأحدهما أن ينفرد بأخذ شيء من الثمن ؟ وجهان .

أحدهما ـ وبه قال المزني ـ : أنه لا ينفرد .

ولعلنا نذكرهما بتوجيههما في غير هذا الموضع . انتهى كلامه .

قد ذكر الرافعي ـ رحمه الله ـ هذين الوجـهين في آخر كتاب الشركة ، وقال : أرجحهما : أن له الإنفراد كما لو انفرد بالبيع .

والثاني : لا ، بل يشاركه شريكه فيما يقبض كالميراث ، وقد ذكر أيضاً

هناك خلافاً وفروعاً متعلقة بالمسألة .

قوله أيضاً تفريعاً على القول المتقدم وهو التعدد بتعدد المشتري : ولو وكل رجلان رجلاً أو بالعكس فالأصح عند الأكثرين أن العبرة بالعاقد . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي في « المحرر » صحح أن العبرة بالموكل وغيره النووي في « المنهاج » فعدل إلى التعبير بالوكيل ، واعتذر عنه في «الدقائق»، والفتوى على الأول لنقله إياه عن الأكثرين ، وكذلك نقله في «الشرح الصغير » و«التذنيب» .

الثاني : أن هذا الخلاف لا يطرد في سائر الأبواب فإنه إذا وكل رجلان رجلاً في رهن عبدهما عند زيد بما عليهما من الدين له ، ثم قضى أحد الموكلين دينه فإن المذهب القطع بانفكاك نصفه ، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدده ، كذا ذكره في « شرحه الكبير» و«الصغير» ونقل عن الإمام توجيه ذلك فقال : قال الإمام لأن مدار الباب على اتحاد الدين وتعدده ، ومتي تعدد المستحق أو المستحق عليه تعدد الدين ، ويخالف البيع والشراء حيث ذكرنا خلافاً لأن الرهن [ليس][1] بعقد ضمان حتى ينظر فيه إلى المباشر . هذا كلامه .

وفي العرايا والشفعة والرهن كلام في التعدد على غير هذا النحو فراجعه.

قوله : ويتفرع على هذه الوجوه فروع :

أحدها : لو اشترى شيئاً بوكالة رجلين فخرج معيباً وقلنا : الاعتبار بالعاقد فليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد كما لو اشترى فمات عن

---

(١) سقط من أ .

ابنين ، وخرج معـيباً لم يكن لأحدهمـا إفراد نصفه بالرد ، ثم قـال بعد ذلك بأسطر مـا نصـه : ولو وكَّل رجلان رجـلاً بشـراء عـبد أو وكل رجل رجـلاً يشتري عبداً له فيه نصفه ، ففعل وخرج العبد معيباً ...إلى آخره .

تبعه في « الروضة » على ذلك ، وهذا الفـرع الذي ذكره ثانياً هو الفرع الأول بعينه ، وإنما التعبير مختلف فاعلمه .

قال ـ رحمه الله ـ : النظر الثاني في لزوم العقد ، والأصل في البيع الرؤية والخيار عارض ثم هو ينقسم إلى قسمين :

القسم الأول : خيار التروي وله سببان :

الأول : خيار المجلس :

قوله : [الثـالثة] (١) : الصحيح أن بيع العبـد من نفسه جائز ، وعلى هذا فهل فيه خيار المجلس ؟

قـال في الكتـاب : لا . وبمثله أجـاب في « التـتـمـة » حيـث نزله منزلة الكتابة.

وذكر أبو الحسن العبـادي مع هذا وجهاً آخر أنه يثبت فيـه الخيار ، ومال إلى ترجيحه . انتهى كلامه .

لم يصحح أيضاً في « الروضة » شيئاً من هذا الخلاف وقد مال القاضي الحسين إلى ترجـيح ثبوته أيضاً ، والصـحيح عدم الثـبوت . كذا صحـحه الرافعي في « الشرح الصـغير » والنووي في « شرح المهـذب » ولم يتعرض للمسألة في « المحرر » .

قوله : الرابعـة : في ثبوت الخيـار في شراء الجمـد في شدة الحر وجـهان لأنه يتلف بمضي الزمان . انتهى .

---

(١) في ب : الثالث .

والأصح الثبوت . كذا صححه النووي في « شرح المهذب » ، [قوله][(١)]**ولا يثبت في الشفعة للمشتري وفي ثبوته للشفيع وجهان ، فإن أثبتناه فقيل : معناه أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام في المجلس مع تفريعنا على قول الفور قال إمام الحرمين : هذا غلط ، بل الصحيح أنه على الفور ، ثم له الخيار في نقض الملك ورده . انتهى .**

فيه أمور :

أحدها : أن الرافعي قد اختلف كلامه في هذه المسألة فصحح في كتاب الشفعة من هذا الكتاب أنه يثبت فقال : والأظهر الثبوت ، ويحكى عن نصه في اختلاف العراقيين ، وصحح عكسه في «المحرر» هنا أي في البيع فقال : الأصح أنه لا يثبت ، وهو الذي صححه النووي في كتبه كلها ، ونقله في الشفعة من « زوائده » عن الأكثرين .

الثاني : أن الأصح من الوجهين الأخيرين هو ما استصوبه الإمام . كذا صرح بتصحيحه في « شرح المهذب » ، وهو مقتضى كلام الرافعي في الشفعة .

الثالث : سيأتيك في الشفعة أن الشفيع لا يملك بمجرد الأخذ ، بل بد معه من أحد ثلاثة أمور : إما بذل الثمن ، وإما رضي المشتري بذمة الشفيع، وإما حكم الحاكم بثبوت الشفعة [وفي معناه الإشهاد على وجه وسوف أذكر هذا الموضوع إن شاء الله تعالى في الشفعة][(١)] للتنبيه فيه على أمر مهم .

إذا علمت ذلك فهل المراد بالمجلس المختلف فيه مجلس الأخذ أو مجلس التملك ؟ لم يصرح به الرافعي ، ولكن المراد الثاني فتفطن له وافهمه .

---

(١) سقط من أ .

ويدل عليه تعبير الرافعي بقوله : ثم له الخيار في نقض الملك ، وذكر مثله في « الوسيط» في الشفعة فقال بعد التملك : إذا تقرر ذلك فإن ملك ببذل الثمن فله الخيار ما لم يفارق ذلك المجلس .

فإن فارقه المشتري ففي انقطاع الخيار وجهان حكاهما الرافعي في الشفعة من غير ترجيح .

وإن ملك بقضاء القاضي أو بالإشهاد فيظهر أن يأتي فيه ما ذكرناه من جريان الخلاف ، ومن كونه هل ينقضي بمفارقته خاصة ؟ لم تلتحق به مفارقة القاضي والشهود . كذا قاله في « المطلب » في الشفعة ، وعلى هذا فهل ينقطع بمفارقة بعض الشهود أم لا بد من مفارقة الجميع أم يعتبر النصاب؟ فيه نظر ، والمتجه الثاني .

قال : وإن ملك بالرضي فالذي يظهر أن خيار المجلس يثبت للمشتري لأنه منزل في هذه الحالة بمنزلة البائع بالنسبة إلى حق الحبس كما صرح به الإمام ، فكذلك ما نحن فيه .

ويؤيده قول الإمام أن الملك إذا حصل في الشقص المشفوع برضي المشتري ، فالأمر في الخيار كما سلف .

قال : وإذا أثبتناه في هذه الصورة ففي خيار الشرط احتمالان أشبههما الثبوت لأن الملك لما توقف في هذه الحالة على الاختيار من الجانبين أشبه البيع .

الأمر الرابع : أن الخلاف بعد الأخذ وقبل التملك ثابت في وجه آخر وهو أنا إذا قلنا : الشفعة على الفور ، ومع ذلك خيرناه في المجلس بين الأخذ والترك كما تقدم من حكايته .

فإذا صرح بالأخذ أو بالعفو فهل يثبت له مع ذلك الخيار ما دام في المجلس؟

فيه وجهان ، المنصوص عليه منهما في اختلاف العراقيين : نعم .

وسوف أذكرهما أيضاً في الشفعة لغرض يقتضي الذكر .

قوله : وإن وهب بشرط الثواب أو وهب مطلقاً وقلنا : إنه يقتضي الثواب فوجهان :

أظهرهما : أن خيار المجلس لا يثبت لأنه لا يسمى بيعاً ، والخبر ورد في المتبايعين . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم ثبوت الخيار ، ومن تغليب النظر إلى الصيغة على النظر إلى معناها قد ذكر ما يخالفه في موضعين من هذا الكتاب : أحدهما في الركن الثالث من كتاب الشفعة ، فإنه ذكر الخلاف في جواز أخذه بالشفعة ـ أعني الموهوب بشرط الثواب ـ .

وقال : الأصح الجواز .

قال : وعلى هذا ففي أخذه قبل قبض الموهوب وجهان :

أظهرهما : الأخذ لأنه صار بيعًا .

والثاني : لا لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، وهذا هو الخلاف في أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى . هذا لفظه .

فرجح هناك كونها بيعًا نظرًا للفظ ، وحينئذ فيلزم منه ثبوت الخيار لتصريحه هنا بكونه دائرًا معه .

والموضع الثاني : وهو أصرح من هذا، ذكره في آخر الهبة ، وسأذكر لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى .

قوله : وفي ثبوت خيار المجلس في الإجارة وجهان : أصحهما عند الأكثرين أنها لا تثبت ، ورجح صاحب « المهذب » الثبوت ، وعن القفال في طائفة أن الخلاف في إجارة العين، أما إجارة الذمة فيثبت فيها لا محالة. انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي قد تابعه في « الروضة » وأكثر كتبه «كالمنهاج» « وشرح المهذب » على عدم الثبوت في الإجارة، وخالف في تصحيح التنبيه فصحح الثبوت في الإجارة المعلقة بالزمان .

وحينئذ فيلزم منه الثبوت في غيرها بطريق الأولى كما هو مقرر في موضعه ؛ ذكر ذلك في باب الإجارة.

الثاني : أن ما نقله الرافعي عن صاحب « المهذب » من ثبوت الخيار ليس مذكورًا في « المهذب » .

وأما « التنبيه » فاختار فيه الثبوت في الإجارة على العمل ، ولم يرجح شيئًا في الإجارة على مدة.

واعلم أن الشيخ أبا حامد والمحاملي وسليم الرازي والجرجاني والقاضي الحسين والغزالي قد صححوا خيار المجلس في أنواع الإجارات .

ونقله الرافعي عن الكرخي ، وبه قطع الإمام فيما إذا كانت الإجارة واردة على الذمة، وصحح المنع في إجارة العين .

قوله :« فإن قلنا بثبوتها في إجارة العين فابتداء المدة يحسب من وقت العقد على الصحيح.

فإن قلنا من حين التفرق فأراد المكري أن يلزمه من غيره في مدة الخيار. قال الإمام : فلا تخير له فيما أظن ، وإن كان محتملاً في القياس . انتهى ملخصًا .

لقائل أن يقول : قالوا في بيع البائع في زمن الخيار أنه يصح، ويكون فسخًا فلم لا كان هاهنا مثله أيضًا ؟

قوله : وإن تقابضا في عقد الصرف ثم أجازا في المجلس لزمه العقد، وإن أجازاه قبل التقابض فوجهان . إلى آخره .

هذه المسألة سبق الكلام عليها في أوائل باب الربا فراجعه .

قوله : ولو تناديا متباعدين وتبايعا ففي ثبوت الخيار احتمالان للإمام، قطع صاحب « التتمة » بثبوته . وعلى هذا فإذا فارق أحدهما موضعه فهل يبطل خيار الآخر ؟ فيه احتمالان للإمام أيضًا . انتهى ملخصًا .

والأصح ثبوت الخيار ، وإن إختار الآخر يبطل بالمفارقة كذا صححه في «زيادات الروضة» .

قوله : ولو مات أحدهما ثبت الخيار لوارثه في أصح القولين.

فإن قلنا : لا يثبت فقال في « التهذيب » لا ينقطع خيار الحى .

وقال الإمام : يلزم العقد من الجانبين . انتهى ملخصًا .

والموجود في أكثر الكتب هو اللزوم من الجانبين كما قاله الإمام . كذا قاله [ابن الرفعة في « المطلب » وصحح النووي في « زياداته » عدم الانقطاع كما قاله](1) في « التهذيب » .

وعلى كلامه اعتراض [لا يعرف إلا بذكر لفظ الأصل والزيادة فنقول قال في « الروضة »](2) : فإن لم يثبت الخيار للوارث فقد انقطع خيار الميت .

وأما الحى ففي « التهذيب » أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس .

وقال الإمام : يلزم العقد من الجانبين ، ويجوز تقدير خلاف فيه لما سبق أن هذا الخيار لا يتبعض سقوطه لثبوته .

قلت : قول صاحب « التهذيب » أصح، وفيه وجه ثالث حكاه القاضي

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الحسين :أنه يمتد حتى يـجتمع هو والوارث؛ ورابع حكاه الروياني أنه ينقطع خياره بموت صاحبه .

فإذا بلغ الخبر للوارث جذب لهـذا الخيار معه ، والله أعلم . هذا كلام «الروضة» .

والاعتراض الذي عليـه أن ذكره للوجه الرابع هنا سهـو لأنه مفرع على عدم الخيار للوارث .

وهذا الذي عده رابعًـا قائل بأن الخيـار يثبت للوارث فلا يصح تفـريعه عليه إلا أنه قد صرح بأنه لا يثبت إلا ببلوغ الخبر ، وهذا لاشك فيه.

نعم ! استـفدنا منه وجـهًا على القول بثـبوت الخيـار للوارث أنه ينقطع خيار الحي حـتى يعلم الوارث فيثبت لهـما، والصحيح خـلافه ، والصواب تفريعهما على القول بالبقاء .

قوله : وإن قلنا : يثبت ـ أي الخيار ـ للوارث وكـان غائبًا فله الخـيار إذا وصل إليه الخبر، ثم هو على الفور أو يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر إليه؟ فيه وجهان . انتهى .

والراجح هو الثاني ، كذا رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : إنه أشبه الوجهين ، وصححه النووي في « الروضة » من « زياداته » فقال : حاصل الخلاف في خيار المجلس للوارث الغائب أربعـة أوجه : أصحها يمتد الخيار حتى يفارق مجلس الخبر .

والثاني : حتى يجتمعا .

والثالث : على الفور .

والرابع : يثبت له الخيار إذا أبصر المبيع ولا يتأخر .

قوله : ولو هرب أحـدهما ولـم يتبعـه الآخر مع التمكن بطل خيـارهما ، وإن لم يتمكن بطل خيار الهارب وحده ، قاله في «التهذيب » . انتهى .

والأصح خلاف ما قاله البغوي ، كذا صححه النووي في « الروضة» من « زياداته » فقال : أطلق الفوراني والمتولي وصاحب « العدة » و«البيان» وغيرهم أنه يبطل خيارهما بلا تفصيل ، وهو الأصح لأنه متمكن من الفسخ بالقول ، ولأن الهارب فارق مختاراً بخلاف المكره ، فإنه لا فعل له. هذا كلامه .

قوله : ولو جن أحدهما أو أغمى عليه لم ينقطع الخيار بل يقوم وليه أو الحاكم مقامه فليفعل ما فيه الحظ ولو خرس أحدهما في المجلس ، فإن ضمنت له إشارة مفهمة أوكناية فهو على خياره وإلا نصب الحاكم نائبًا عنه . انتهى .

وتعبيره بقوله : (عنه) يقتضي أنه غير محجور عليه لأن المولى عليه لا يستناب عنه ، وهو كذلك فتفطن له .

وقد صرح ابن الرفعة في باب التدبير من [الكفاية](١) بأنه مكلف رشيد لا يولى عليه .

واعلم أن النيابة عنه بالنسبة إلى الإجارة متجهة وأما الفسخ فإنه قادر عليه بمفارقة المجلس . وإنما تستقيم النيابة في الأمرين بالنسبة إلى خيار الشرط.

واعلم أن ما ذكرناه قد صرح به الرافعي في الكلام على شروط الذابح، فإنه نقل عن البغوي أن الأخرس إن كانت إشارته مفهمة حلت ذبيحته ، وإلا هو كالمجنون .

ثم قال : وقيل : سائر تصرفاته على هذا القياس هذه عبارته .

فأشعر ذلك بأن فيه وجهين ، وأن الأصح هو النفوذ حتى لو تصدق أو أهدى ونحو ذلك نفذناه .

---

(١) سقط من أ .

وما ذكره البغوي سبقه إليه شيخه القاضي الحسين وذكره النووي وقال: الأصح هو الجزم بحل ذبيحته .

السبب الثاني

الشرط

قوله : ويصح خيار الشرط بالإجماع لما روى أن حبان بن منقذ أصابته لهة في رأسه وكان يخدع في البيوع فقال له عليه السلام : « إذا بايعت » فقل: « لا خلابة» [١] وجعل له الخيار ثلاثًا .

وفي رواية : [وجعل له بذلك ثلاثة أيام وفي رواية ولك][٢] الخيار ثلاثا.

وهذه الروايات كلها في كتب الفقه ولا تلقى في مشهورات كتب الحديث[٣] سوى الرواية المقتصرة على قوله : « قل لا خلابة» .

وأما ما ذكره في الكتاب وهو ولى الخيار ثلاثة أيام فلا يكاد يوجد في كتب الحديث ولا الفقه .

نعم في شرح مختصر الجويني للموفق بن طاهر : واشترط الخيار ثلاثًا وهما متقاربان . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » قد تابعه على نقل الإجماع ،

---

(١) أخرجه مالك (١٣٦٨) والبخاري (٢٠١١) ومسلم (١٥٣٣) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، بلفظ : « إذا بعت فقل : لا خلابة » . وأخرجه الدارقطني (٣/ ٥٤) وابن أبي شيبة (٧/ ٣٠٦) والبيهقي في « الكبرى » (١٠٢٣٨) والحميدي (٦٦٢) وابن الجارود (٥٦٧)، وفيه أنه ﷺ جعل له الخيار ثلاثًا . وقد حسنه الألباني ـ رحمه الله تعالى .

(٢) سقط من أ .

(٣) راجع مصادر التخريج السابق .

وليس كذلك فقد رأيت في «الاستذكـار» عن قوم أنه لا يجوز فقال : خيار الشرط جائز ، وقال قوم : لا يجوز . هذه عبارته .

الثاني : هذه الأيام المشـروطة يدخل فيها مـا اشتملت عليـه من الليالي للضرورة . كذا قاله في « شرح المهذب » .

وتقتضي هذه العلة أنه لو عقد وقت طلوع الفـجر لا يثبت له الخيار في الليلة الثالثة بخلاف نظيره من مسح الخف ، وكلام الرافعي في أول مواقيت الحج يوهم خلافه فإنه قال : وقال عليـه السلام : « واشترط الخيار ثلاثاً» ، والمراد الأيام والليالي . هذه عبارته .

الأمر الثـالث : أن حاصل ما قاله ـ رحـمه الله ـ من إنكار الزيادة على قوله: (قل لا خلابة) وأن ذلك إنما يوجد في كـتب الفقه ، وما ذكره ليس كذلك، فقد روى البيهقي في « السنن الكبـير » عن ابن عمر قال : سمعت رجلاً من الأنصار يشكو إلى رسول الله ﷺ أنـه لا يزال يغبن في البيع فقال له رسول الله ﷺ : « **إذا بايعت فـقل : لا خلابة** » ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاثة ليال . ورواه أيضًـا ابن ماجه بإسناد حسن كما قال في « شرح المهذب» والبخاري في تاريخه مرسلاً .

وقد ظهر لك أن ما أنكره قد رواه المذكورون بالمعنى وقد ظهر لك أيضًا أن جزمه في الحج بإسناد تلك الرواية إلى النبي ﷺ مع مـا ذكره فيها هاهنا في غاية التباين .

وحبَّان بحاء مهملة مفتوحة بلا خلاف وبالباء الموحدة . قاله في « شرح المهذب » .

قوله : وهذه الكلمة في الشـرع عبارة عن اشتراط الخـيار ثلاثًا . فإذا علم بمدلولها البائع دون المشترى ففي ثبوت الخيار وجهان عن ابن القطان . انتهى مخلصًا .

والصحيح عدم الثبوت . كذا صححه النووي في « زيادات الروضة» و«شرح المهذب » وقال : إن مقابله شاذ ضعيف ، بل غلط .

قوله في أصل « الروضة » إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثًا فما دونها فابتداء المدة من وقت العقد ، وقيل : من التفرق .

ثم قال : وأما ابتداء مدة الأجل، فإن جعلنا الخيار من العقد فالأجل أولى، وإلا فوجهان . انتهى كلامه .

وما جزم به في الأجل من حكاية وجهين إذا فرعنا على أن ابتداء المدة في الخيار من حين العقد قد خالفه في « شرح المهذب » فحكى طريقة أخرى قاطعه بأن الأجل كذلك أيضًا ، وصححه فقال : إذا باع بثمن مؤجل ففي ابتداء وقت الأجل طريقان :

أصحهما : وبه قطع المصنف والعراقيون وجماعة من غيرهم : أنه من حين العقد وجهًا واحدًا .

والثاني : أنه مرتب على ابتداء مدة الخيار إن جعلناها من حين العقد فالأجل أولى .

وإن قلنا : من التفرق ففي الأجل وجهان . هذا لفظه ولو شرط الخيار في أثناء خيار المجلس وقلنا بالصحيح وهو الصحة ، كان ابتداء المدة من حين العقد على ما دل عليه كلام الرافعي .

قوله : ولو شرط الخيار إلى مدة يتسارع فيها الفساد إلى المبيع فهل يبطل البيع أو يصح ويباع عند الإشراف على الفساد ؟

حكى يحيى اليمني عن بعض من لقيه فيه وجهين . انتهى ملخصًا .

والأصح هو البطلان . كذا صححه النووي في « زيادات الروضة» «وشرح المهذب » ، وقال فيه : إن مقابله غلط ظاهر .

قوله : أما جواز اشتراط الخيار للمشتري فلحديث حبّان ، وأما للبائع أولهما فبالقياس عليه. انتهى كلامه.

وما ذكره من أن حديث حبّان ورد في المشتري فليس كذلك، وقد سبق لفظه على ما حكاه هو .

قوله : ولا يثبت في الشفعة بلا خلاف ، ثم قال وكذا في الحوالة على ما حكاه العراقيون مع نقلهم الخلاف في خيار المجلس .

قال الإمام : ولا أعرف فرقًا بين الخيارين . انتهى كلامه .

وهو لا يقتضي إثبات خلاف في خيار الشرط، وإنما يقتضي استشكال الفرق فقط .

وقد ذكر ـ أعني الرافعي ـ في كتاب الحوالة وقوع التردد فيه صريحًا فقال: وقد جمع الإمام الوجوه هكذا وقرب التردد في المسألة من التردد في أن الحوالة هل يلحقها خيار المجلس وخيار الشرط ؟ قال : وكل ذلك ينبني على أن الحوالة استيفاء أو اعتياض . هذا كلامه.

ولم يذكر في « الروضة » الموضع الثاني فلزم منه إسقاط الخلاف منها في هذه المسألة.

قوله : وإذا شرط الخيار للأجنبي ، وقلنا بالصحيح وهو أنه يصح ولا يثبت للعاقد ، فمات الأجنبي في زمن الخيار ثبت الآن للعاقد في أصح الوجهين ، قاله في « التهذيب » انتهى .

والذي قاله في « التهذيب » هو الصحيح . كذا صححه النووي في أصل « الروضة » .

قوله : وحكى الإمام فيما إذا أطلق الوكيل شرط الخيار بالإذن المطلق من الموكل ثلاثة أوجه وهي أن الخيار يثبت للوكيل أم للموكل أم لهما ؟ انتهى ملخصًا .

والأصح الأول ، كذا صححه النووي من « زياداته ».

قوله : واختلفوا في ملك المبيع في زمن الخيار على ثلاثة أقوال:

أحدها : للمشتري والملك في الثمن للبائع .

والثاني : للبائع ، والملك في الثمن للمشتري .

والثالث : موقوف ، فإن تم البيع بان حصول الملك للمشتري بنفس البيع، وإلا بان أن ملك البائع لم يزل ، وكذا يتوقف في الثمن .

والأظهر أن الخلاف جار سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما والأشبه توسط ذكره جماعة ، وهو أنه إن كان الخيار للبائع فالأظهر بقاء الملك له، وإن كان للمشتري فالأظهر انتقاله إليه ، وإن كان لهما فالأظهر الوقوف .

ولهذه الأقوال فروع كثيرة منها : هل يحل الوطء للبائع في زمن الخيار إذا كان الخيار له وحده أولهما معًا ؟ فيه خلاف ، والظاهر الحل إن جعلنا الملك له ، والتحريم إن لم نجعله له . ثم قال ما نصه :

أما إذا كان الخيار للمشتري وحده فحكم حل الوطء كما مر في حل الوطء للبائع إذا كان الخيار له أولهما . انتهى كلامه .

وحاصل ما ذكر أن الصحيح جواز الوطء للمشتري في هذه الحالة لأنه جعل الحكم فيه كالبائع ، وحكم البائع الجواز إذا جعلنا الملك له كما تقدم. وحينئذ فيكون الصحيح في المشتري هو الجواز أيضًا عند انفراده بالخيار ، لأن الصحيح أن الملك له .

إذا علمت ذلك فاعلم أن المشتري لا يباح له الوطء إلا إذا حصل الاستبراء عنده، وتجويزه الوطء له في زمن الخيار يستلزم الاعتداد بالاستبراء في ذلك الزمن .

والصحيح على ما قاله في باب الاستبراء أنه لا يكفي لضعف الملك، وقيل: يكفي ، وصححه الإمام والغزالي .

وقيل : إن كان بوضع الحمل كفى لقوته ، وإن كان بالحيض فلا .

واعلم أن هذه المسألة ذكرها الغزالي [١] في « الوجيز » هنا كذلك بناء على قاعدته التي أوضحها في باب الاستبراء مخالفًا للأكثرين ، فتابعه عليها الرافعي غير باحث عن شرائطها فلزم ما لزم .

وقد أجاب ابن الرفعة في « شرح الوسيط » عن هذا الموضع بأن تحريم الوطء قد يكون لعدم الملك أو لعدم الاستبراء أو لغيرهما .

وقد ثبت لنا بهذا الملك الذي لم يستقر ثبوت الحل المتوقف على الأملاك، وزال التحريم المستند إلى عدم الملك، وإن حرم من جهة أخرى، ووقع الموضعان في « الروضة » كما وقعا في الكتاب .

قوله : ووراءها فروع :

أحدها: إذا تلف المبيع بأفة سماوية في زمان الخيار ، وكان التلف بعد القبض ، فإن قلنا : الملك للبائع انفسخ ويغرم للبائع القيمة، وفي مقدارها ما في المستعير والمستام .

وإن قلنا : الملك للمشتري أو موقوف فوجهان أوقولان : أصحهما : أنه لا ينفسخ .

ثم قال : فإن قلنا بالانفساخ فعلى المشتري القيمة . قال الإمام : وهاهنا يجب القطع باعتبار قيمة يوم التلف ، لأن الملك قبل ذلك للمشتري وإنما يقدر انتقاله إليه قبيل التلف . انتهى كلامه.

وما نقله عن الإمام وأقره إنما يستقيم على قولنا : الملك للمشتري خاصة لا على قول الوقف . وهو مفرع على القولين معًا .

قوله : ولو قبض المشتري المبيع في زمن الخيار وأتلفه مفتلف قبل إنقضائه إن قلنا الملك للبائع انفسخ البيع كالتلف .

---

(١) سقط من جـ .

وإن قلنا للمشتري أو موقوف نظر إن أتلفه أجنبي بنى على ما لو تلف إن قلنا : ينفسخ العقد هناك فهو كإتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض ، وسيأتي،

وإن قلنا : لا ينفسخ وهو الأصح فكذا هنا ، وعلى الأجنبي القيمة والخيار بحاله فإن تم البيع فهو للمشتري، وإلا فللبائع . انتهى .

وما ذكره هاهنا من إعطاء القيمة للبائع إذا لم يتم البيع فيه نظر ، والقياس إذا قلنا : الملك للمشتري أنه يلزمه للبائع [قيمته][1] يوم التلف ، فإن كان ما ضمنه للأجنبي أكثر كانت الزيادة له لكون الملك له .

قوله : ولو اشترى زوجته بشرط الخيار ثم خاطبها بالطلاق في زمن الخيار، فإن تم العقد ، وقلنا : الملك للمشتري أو موقوف [لم يقع الطلاق وإن قلنا للبائع وقع وإن فسخ وقلنا للبائع أو موقوف][2] وقع .

وإن قلنا للمشتري فوجهان . انتهى .

تابعه في « الروضة » على حكاية الوجهين من [غير][3] تصحيح والأصح منهما عدم الوقوع ، كذا صححه الرافعي في كتاب الطلاق في الكلام على التعليقات، وعبر بقوله : (الأصح) إلا أنه فرض المسألة في الطلاق المعلق بالشراء ، ولا فرق بينه وبين الإيقاع بعد الشراء ، ولنذكر ما قاله ، فإن فيه كلامًا آخر ينبغي الوقوف عليه فنقول : قال في القسم الثاني من تعليق الطلاق قبيل قوله ولو قال أنت طالق يوم يقدم فلان ما نصه :

فرع : إذا قال الحر لزوجته الأمة إن اشتريتك فأنت طالق ، وقال سيدها: إن بعتك فأنت حرة فباعها لزوجها عتقت في الحال لأنا إن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف فالجارية ملكه ، وقد وجدت الصفة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وإن قلنا : الملك للمشتري فللبائع الفسخ واعتاقه فسخ فتعود الجارية بالإعتاق إلى ملكه .

وأما الطلاق ، فقد أطلق ابن الحداد أنه يقع ، قال الأصحاب : هذا تفريع على أن الملك في زمن الخيار للبائع ، فإن النكاح على هذا القول باقٍ، وقد وجد شرط الطلاق فيقع .

وكذا الحكم على قولنا موقوف لأنه لم يتم البيع . وأما إذا قلنا : الملك للمشتري فلا يقع الطلاق على الأصح لمصادفتة حال الملك وقوع الانفساخ . انتهى كلامه .

وما ادعاه من كون الجارية ملكه على القول بالوقف ليس كذلك ، بل إن انفسخ تبينا [أنها ملكه وإلا تبينا][1] أنها للمشتري .

قوله في المسألة : وليس له الوطء في زمن الخيار لأنه لا يدري أيطأ بالملك أم بالزوجية . هكذا حكى عن نصه ، وفيه وجه آخر . انتهى كلامه.

واعلم أنه ليس المنع هنا لأجل عدم تعيين الجهة المقتضية للحل، فإن عدم تعيينها لا يمنع الحل باطنا ، وكذا في الظاهر في أصح الوجهين بل المنع لأن الملك في زمن الخيار للمشتري على قول . وإذا ثبت الملك انفسخ النكاح، والملك الثابت ضعيف لا يفيد حل الوطء .

فمعنى كلام الشافعي أنه لا يدري أيطأ بالملك الضعيف الذي لا يبيح له أم بالزوجية؟ وما ذكرته من الحكم والتعليل صرح بجميعه الرافعي في آخر الباب الثالث من أبواب الإقرار .

قوله : وعن الصيمري أن قول البائع في زمن الخيار لا أبيع حتى تزيد في الثمن ، وقول المشتري : لا أفعل اختياراً للفسخ .. إلى آخر ما قال .

---

(١) سقط من أ .

وما ذكره الصيمري قد جزم الرافعي في كتاب الوكالة بما يوافقه ، فإنه ذكر في الكلام على القبول أن الوكيل إذا قال : لا أفعل كان ذلك ردًا للوكالة .

قوله : ومجرد الإذن في هذه التصرفات ـ يعني إذن البائع للمشتري ـ في البيع ونحوه لا يكون إجازة من البائع حتى لو رجع قبل التصرف كان على خياره، ذكره الصيدلاني وغيره .

ثم قال : الخامسة في القرض على البيع والإذن والتوكيل فيه وجهان:

أحدهما : أن هذه التصرفات فسخ من جهة البائع وإجازة من جهة المشتري .

وأظهرهما : لا . انتهى .

وما ذكره الرافعي هنا إن أراد به إذن البائع أو المشتري لأجنبي في البيع فهو توكيل له ، وذلك عطف للشيء على نفسه ، وإن أراد به إذن البائع للمشتري فقد تقدم نقله عن الصيدلاني ، وأيضًا فلأن إذن البائع للمشتري تقرير لملكه فلا [يتخيل][1] أن يكون فسخًا منه .

قوله : فرع .

اشترى عبدًا بجارية ثم أعتقهما معًا نظر إن كان الخيار لهما عتقت الجارية بناء على ما سبق أن اعتاق البائع نافذ متضمن للفسخ ، ولا يعتق العبد المشترى ، وإن جعلنا الملك فيه لمشتريه لما فيه من إبطال حق صاحبه على الأصح .

وعلى وجه القائل بنفاذ إعتاق المشتري تفريعًا على أن الملك للمشتري يعتق العبد ولا تعتق الجارية . وإن كان الخيار لمشتري العبد فثلاثة أوجه:

---

(١) في ب : نجيز .

أصحها : يعتق العبد لأنه إجازة ، والأصل استمرار العقد .

والثاني : تعتق الجارية لأن عتقها فسخ، فقدم على الإجازة، ولهذا لو فسخ أحد المتبايعين وأجاز الآخر قدم الفسخ.

والثالث : لا يعتق واحد منهما ، وإن كان الخيار لبائع العبد وحده فالمعتق بالإضافة إلى العبد مشترٍ والخيار لصاحبه ، وبالإضافة إلى الجارية بائع، والخيار لصاحبه .

وقد سبق الخلاف في اعتاقهما ، والذي نفتي به أنه لا ينفذ العتق في واحد منهما في الحال ، فإن فسخ صاحبه نفذ في الجارية، وإلا ففي العبد .

ولو كانت المسألة بحالها وأعتقهما مشتري الجارية فقس الحكم بما ذكرناه وقيل إن كان الخيار لهما عتق العبد دون الجارية، وإن كان للمعتق وحده فعلى الأوجه الثلاثة، ولا يخفى الثالث . انتهى كلامه .

وما ذكره في القسم الثالث وهو ما إذا كان الخيار لبائع العبد غير مستقيم لا في حالة الفسخ ولا في حالة الإجازة.

أما في حالة الإجازة فواضح البطلان لأنه قد سبق أنه إذا كان الخيار لأحدهما فالملك في المبيع له ، وأن الثمن يكون ملكًا لصاحبه ، ولا يتصور اجتماع الثمن والمثمن في ملك شخص واحد .

وحينئذ فإذا كان الخيار لبائع العبد وحده كان الملك فيه له ، وإذا لم ينفسخ ينتقل إلى المشتري بانقضاء الخيار فكيف يحكم بعتق العبد ، وعتقه وقع قبل ذلك، وهو في حالة الخيار المحكوم بالملك فيها للبائع ؟ والكلام في القول الذي عليه الفتوى لا في قول الوقف مطلقًا .

وأما ما ذكره في حالة الفسخ من نفوذ عتق الجارية فكيف يستقيم أيضًا لأنها وإن كانت حالة الإعتاق على ملكه لكون العبد على ملك بائعه لأن

الخيار فيه له ، ولا يجتمع الثمن والمثمن في ملك شخص واحد إلا أنه قد حجر على نفسه فيها باشتراط الخيار لصاحبه لا له ، فكيف ينفذ العتق ، وليس له فيها تصرف ، والحجر إنما انقطع عنها بفسخ صاحبه ؟

وأما ما ذكره في الحال الذي قبله وهو الحال الثاني وهو أن يكون الخيار لمشتري العبد من تصحيح العتق فيه فغير مستقيم لأن الملك في الجارية له خاصة، وحينئذ يكون الملك في العبد لبائعه فلا يصح اعتاقه إياه.

فإن قيل : إذا كان الخيار لواحد ، وجعلنا الملك له ومقابله لصاحبه فلم قلنا بالملك فيما بذله دون ما بذله صاحبه ، ولم لا كان بالعكس؟ قلنا : لأنه إذا لم يكن بد من تمليكه لواحد فتمليكه لما بذله استصحابًا بالأصل أولى.

قال رحمه الله : القسم الثاني

خيار النقيصة المنوط بفوات شيء من المعقود عليه كان يظن حصوله، وذلك الظن ينشأ من التزام شرطي أو تقرير فعلي أو قضاء عرفي.

قوله : ومن باع عينًا وهو يعلم بها عيبًا وجب عليه أن يبينه للمشتري . انتهى كلامه.

وهو يوهم اختصاص الوجوب ، [بالبائع وليس كذلك . بل يجب أيضًا على الأجنبي إذا علم العيب أن يبينه للمشتري] [١]. وقد جزم به النووي في « زيادات الروضة» .

قوله : و كون الأرض ثقيلة الخراج عيب أيضًا وإن كنا لا نرى أصل الخراج في تلك البلاد . انتهى كلامه .

إن قيل : كيف يتصور أن تكون الأرض خراجية ويصح بيعها ؟

قلنا : ذكر الرافعي في زكاة النبات ما يؤخذ منه تصويره فقال نقلاً عن بعضهم من غير مخالفة له ما نصه . هل يجوز أن يقال : الظاهر أن اليد للملك والظاهر أن الخراج ما ضرب إلا بحق فلا يترك أحد الظاهرين بالآخر. انتهى .

ومقتضى ما قاله تصديقه وأنه يصح بيعها ، ويتصور أيضًا بما إذا ضرب الخراج على أملاك ظلمًا .

نعم لو صالحنا الكفار على أن تكون الأراضي لهم ، وأن يعطوا خراجًا، فإن الخراج جزية تسقط بإسلامهم كما قاله الأصحاب .

وحينئذ لو باعوا الأرض والحالة هذه فهل يصح أم لا؟ فيه نظر.

وقد اختلفت المالكية في المسألة على قولين.

---

(١) سقط من أ .

قوله : وقول « الوجيز » واعتياد الزنا والسرقة والإباق عيب مشعر باعتبار الاعتياد ، وليس كذلك.

أما في الزنا فقد نصوا عليه ، ثم قال : وأما الإباق فعن أبي علي الزجاجي أنه لو أبق العبد في يد البائع فللمشتري الرد، وإن لم يأبق في يده، وهذا ما اختاره القاضي الحسين وقال : الفعلة الواحدة في الإباق يجوز أن تعد عيبًا أبدًا كالوطء في إبطال الحضانة والسرقة قريبة منهما . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الكلام يشعر بانفراد الغزالي باعتبار الاعتياد أو أنه من سبق القلم ، و لأجل هذا لم يحك النووي في « الروضة» مقالته ، بل جزم بعدم الاشتراط .

فأما ما اقتضاه كلامه في الزنا فمسلم ، وأما السرقة والإباق فغريب جدًا، فقد جزم الإمام بما قاله الغزالي في أوائل باب السلم في فصل أوله قال: وإن فسد الرطب ، فقال ما نصه : قلنا : اعتياد الإباق [عيب واتفاق الإباق](١) لا يلتحق بالعيوب . انتهى .

وذكر نحوه في باب بيع البزاة، وجزم به أيضًا القاضي الحسين في السرقة والإباق معًا، وقد نقله في « الكفاية » عن تعليقه .

وأماما نقله عنه الرافعي من ثبوت الرد بالمرة فقلد فيه الهروي في «الإشراف » فإنه نقل كثيراً من هذا الفصل عنه ، ومن جملة ما فيه هذا الكلام تعليلاً لمسألة أخرى فقال : وإذا أبق العبد في يد البائع قيل: لا يرد المشتري إلا إذا أبق أيضًا عنده .

وقال الزجاجي : له الرد، وللشافعي ما يدل عليه ، وكان القاضي الحسين يميل إليه ويقول : الفعلة الواحدة، ثم ذكر ما تقدم أن الرافعي نقله

(١) سقط من أ .

عنه . . . إلى آخره .

ذكر ذلك في أوائل الكتاب في أثناء فصل عبر في أوله بقوله : يشتمل على مسائل في الرد .

الأمر الثاني : أن قول الرافعي : (وإن لم يأبق في يده) يدل على أن ثبوت الرد عند الإباق أولى عن عدمه .

وقد تقدم إيضاحه فيما نقلناه قريبًا عن الهروي وقد أوضح المسألة بأكثر من ذلك قبيل الكلام الذي نقلناه عنه فقال ـ أعني الهروي : لو وجد الإباق ونحوه في يد البائع والمشتري جاز الرد لأنه عيب وجد عند البائع ، وبقى في يد المشتري وإن لم يوجد في يد المشتري فلا رد لأن العيوب قد ارتفعت ، ولووجدت هذه الأشياء في يد البائع وارتفعت في يده زمنًا بحيث يغلب على الظن زوالها ، ثم باعه ، ووجدت في يد المشتري قال الثقفي والزجاجي وأبو علي: لا يجوز الرد لاحتمال أن تلك المعاني ارتفعت ثم حدثت في يد المشتري كالمرض .

قوله : لو أخفش أو أجهر ... إلى آخره .

ذكر الرافعي في الديات أن الخفش صغر العين وضعف البصر خلقة ، ويقال : الذي يبصر بالليل دون النهار وأن الأعشى هو الذي يبصر بالنهار دون الليل ، وذكره غيره ، وعليه اقتصر النووي هنا من « زوائده » أن الخفش نوعان ، ولم يتعرض لصغر العين .

قالوا : ومنه يسمى الخفاش ، وهذا الذي ذكره من زوائده مخالف لما ذكره في الديات ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه . وأما الأجهر فهو الذي لا يبصر في الشمس .

وأما الشاغية فهي بالشين والغين المعجمتين ، وبعدها ياء بنقطتين من تحت ، وهي السن الزائدة المخالفة لنبات الأسنان .

والدرداء بالمهملات هي التي سقطت أسنانها . والثآليل بالثاء المثلثة ممدودة مهموز جمع تألولة ،والوحشى بالحاء المهملة وشين معجمة ثم ياء مشددة هو ظهر الرجل واليد .

والحفر بحاء مهملة مفتوحة ثم فاء ساكنة ثم راء مهملة هو فساد أصل الأسنان تقول منه : حفرت أسنانه يحفر حفرًا على وزن كسر يكسر كسرًا وبنو أسد يقولونه على وزن تعب أي بالتاء المثناة يتعب تعبًا .

قوله : أو محرمة.

قال في « الروضة » : هذا إذا كان إحرامها بإذن سيدها فإن كان بغير إذنه فلا خيار للمشتري لأن له تحليلها كالبائع .

قال : وقد ذكرنا هذا في آخر الحج، والأمر كما قال من ذكره إياه هناك إلا أنه نقله عن الجرجاني خاصة.

قوله : وله الرد بكون الجارية حاملاً ولا رد به في سائر الحيوانات وقال في [التهذيب][1] : يثبت به الرد انتهى كلامه.

وما ذكره في المسألتين قد ذكر فيهما ما يخالفه في آخر الباب فقال قبيل الكلام على الإقالة : ولو اشترى جارية أو بهيمة حائلاً فحملت عنده ثم اطلع على عيب ، فإن نقصت بالحمل فلا رد ، وإن لم تنقص فله الرد .

وأطلق بعضهم القول بأن الحمل الحادث نقص ، أما في الجواري فلأنه يؤثر في النشاط والجمال .

وأما في البهائم فلأنه ينقص لحم المأكول ويخل بالحمل عليها والركوب. انتهى ملخصًا .

ثم ذكر ما يخالف الموضعين جميعًا في كتاب الصداق فذكر ما حاصله

---

(١) في ب : المهذب .

أنه عيب فيهما ، وستعرف لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى .

فتحصلنا على ثلاثة مواضع تابعه عليها [في « الروضة »] (١) ، وهي لا توافق بعضها بعضًا ، ففي [الصداق] (٢) أنه عيب فيهما ، وفي آخر هذا الباب عكسه ، وفي أوائله التفصيل .

ووقعت هذه المواضع أيضًا للرافعي في « الشرح الصغير » إلا أنه لم يذكر التفصيل بين الجارية والبهيمة في هذا الموضع ، بل ذكره في كتاب الحج في الكلام على جزاء الصيد .

وبالتفصيل أجاب النووي في « شرح المهذب » في كفارة الإحرام ، وفي الزكاة أيضًا في الكلام على إخراج الحامل ، وعزاه إلى الأصحاب.

واقتصر الرافعي في « المحرر » على المذكور في الصداق .

قوله : ولا رد بكون الأمة مخفوضة أو غير مخفوضة.

المخفوضة بالخاء المعجمة والفاء والضاد المعجمة أيضًا هي المختونة ، قاله الجوهري .

قال : واختفضت المرأة أي اختتنت ، والخافضة الخاتنة ، وتسمى بذلك لأن محل الختان كان مرتفعًا فانخفض .

قوله : ولو اشترى شيئًا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة فهل له الرد لخطر فساد النيابة؟

حكى الماوردي فيه وجهين . انتهى .

والأصح منهما منع الرد كما قاله في « الروضة » من « زياداته» .

قوله : والضابط ثبوت الرد بكل ما نقص العين أو القيمة تنقيصًا يفوت

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثاله عدمه فدخل الخصاء في نقصان العين ، وإنما شرطنا فيه فوات غرض صحيح للاحتراز عما لو قطع من ساقه أو فخذه قطعة يسيرة وإنما اعتبرنا غلبة العدم لأن الثيابة مثلاً في الإماء تنقص القيمة ولا رد بها إلا إذا كانت صغيرة . انتهى ملخصًا.

وقوة كلامه تقتضي أن الغلبة قيد في تنقيص القيمة خاصة ، وقد تكون في نقصان العين أيضًا كقلع الأسنان في الكبير، فإنه قد صرح بذلك في البهائم ، والقياس في الآدمي مثله، بل كلامه يقتضي عوده إليه أيضًا ـ أعني الآدمي .

قوله : إحداها : بيع العبد المرتد صحيح على المذهب ثم قال : وفي العبد الذي تحتم قتله في المحاربة ثلاثة طرق :

أظهرها : عند كثير من الأئمة : أن بيعه كبيع المرتد .

والثاني : وهو اختيار أبي حامد وطبقته : القطع بمنعه إذ لا منفعة فيه لاستحقاق قتله بخلاف المرتد فإنه ربما يسلم.

والثالث وبه قال القاضي أبو الطيب : أنه كبيع الجاني . انتهى .

فيه أمران:

أحدهما : أن الأصح هي الطريقة الأولى ، كذا صححها النووي في أصل « الروضة» ، ولم ينبه على أنه من «زياداته» ، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

الأمر الثاني : أن اعتاق العبد المحارب صحيح بلا شك والبيع لغرض الإعتاق صحيح كم ذكره الرافعي في شراء العبد الزمن .

وصرح في « الروضة » بأنه لا خلاف فيه ، وحينئذ فكيف يستقيم المذكور هنا لاسيما تعليل الطريقة الثانية ؟

قوله من « زياداته » وقال صاحب « التلخيص » كل ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة إلا في مسألة وهى العبد المرتد يجوز بيعه ولا قيمة على متلفه قال القفال : هذا صحيح لا قيمة على متلفه لأنه مستحق الإتلاف .

قال : وكذا العبد إذا قتل في قطع الطريق فقتله رجل فلا قيمة عليه لأنه مستحق القتل .

قال فهذا يجوز بيعه ، ولا قيمة على متلفه فهده صورة ثانية والله أعلم. انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أنه أهمل ـ رحمه الله ـ صورة ثالثة وهي تارك الصلاة، فإنه قد نقل في الصلاة من « زياداته » عن صاحب « البيان » أن الأصحاب نصوا على أنه لا شيء على قاتله ولاشك أن بيعه لا يتقاعد عن بيع المرتد، وقاطع الطريق .

وأهمل أيضًا صورة رابعة وهي الزاني المحصن حيث لا يجب على قاتله شئ، وذلك مبسوط في موضعه فإن قيل : كيف تتصور هه المسألة مع أن الحرية من شروط الإحصان ؟

قلنا : في الكافر إذا زنى وهو محصن ثم التحق بدار الحرب فاسترق.

الثاني : أن صاحب « التلخيص » إنما عبر بقوله في أول المسألة فعلى متلفه القيمة ، وتبعه الرافعي وغيره على التعبير به للاحتراز عما إذا غصبه غاصب وتلف عنده فإنه يضمنه . وهذه المسألة مهمة نقلها إمام الحرمين في باب الأسير يؤخذ عليه العهد أن لا يهرب فقال : فرع : وذكر الشيخ ـ يعني أبا علي ـ في أثناء كلامه في « شرح التلخيص » أن العبد المرتد مال يباع ولو قتله مسلم لم لزمه بقتله ضمانًا ، ولو غصبه غاصب فتلف في يده لزم الضمان فإنه مال تام قابل للتصرفات المتعلقة بالملك التام وما كان كذلك

فهو مضمون باليد العادية، ولا يضمن بالقتل لأن قتله في حكم إقامة الحد، فمن ابتدر قتله من المسلمين كان مقيمًا حدا لله تعالى .

وهذا يمثل بعبد مغصوب في يد الغاصب يقول مولاه . اقتله . فلو قتله لم يضمنه ، ولو تلف في يده ضمنه هذا لفظه .

قوله : الثالثة : لو اشترى جارية متزوجة عالمًا بزواجها أو علم ورضى فلا رد له .

فإن وجد بها عيبًا قديمًا بعد أن [افتضت] (١) في يده فله الرد إن جعلنا العيب الذي سببه متقدم من ضمان البائع ، وإلا يرجع بالأرش ، وهو ما بين قيمتها متزوجة ثيبًا سليمة ، ومثلها معيبة . انتهى ملخصًا .

واعتبار الثيوبة هنا ذكره أيضًا في «الشرح الصغير» وتابعه عليه في «الروضة» وهو غلط لأنا إن جعلناها من ضمان البائع لتقدم سببها فيلزم جواز الرد في هذه الحالة ، وهو واضح ، ولا كلام فيه وإن لم ينظر إلى سبب الوجود في يد البائع فغايته أن يكون كالثيابة الحادثة للتزويج الصادر منه، ولو كان كذلك لم تعتبر الثيابة عند تقويمها لأجل أرش العيب القديم قطعًا ، فكذلك هذا فيثبت أن اعتبار هذه الثيوبة الحادثة بعد العقد والقبض غير مستقيم ، وكيف يمكن اعتبارها مع أن المعتبر إما قيمة يوم العقد أويوم القبض أو أقلهما كما ستعرفه .

والسبب المقتضى لوقوع الرافعي في هذا هو أن البغوي في «التهذيب» ذكره كذلك فتابعه عليه الرافعي من غير [إمعان] (٢) في النظر، وشيخ البغوي وهو القاضي الحسين لما تكلم في « التعليق» على هذه المسألة لم يتعرض للثيوبة.

---

(١) في حـ : أفرعها .

(٢) حـ : إتفاق .

قوله : والتصرية أن يشد أخلاف الناقة . إلى آخره .

الأخلاف بالخاء المعجمة جمع خلفه بكسر الخاء ، وهي حلمة ضرع الناقة . قاله الجوهري .

قوله : وهذا الفعل حرام لما فيه من التدليس . انتهى .

وهذا الكلام يوهم اختصاص التحريم بما إذا أراد البيع ، وليس كذلك فقد جزم صاحب « التتمة » بأنها حرام سواء أراد البيع أم لا لما فيه من إيذاء الحيوان .

قوله : قال أبو حامد المروروزى : يمتد خيار التصرية لثلاثة أيام لظاهر الخبر[1].

والأصح وبه قال ابن أبي هريرة أنه على الفور كخيار العيب . انتهى ملخصًا .

تابعه النووي في « الروضة » على تصحيح الفورية ، وهو خلاف مذهب الشافعي ـ رحمه الله ـ فقد نص في اختلاف العراقيين على أنه يمتد ثلاثًا لما نقله ابن الرفعة عن تعليق القاضي أبي الطيب ، وكذلك نص عليه أيضًا في « الإملاء » كما نقله عنه الروياني . وقال ابن المنذر : إنه مذهب الشافعي .

وذهب إليه من الأصحاب الصيمري والماوردي والغزالي في « الخلاصة» وهو مقتضى كلام الروياني والشاشى ، وبه قال الجوري بضم الجيم ، والفوراني والغزالي في غير «الخلاصة» فيما إذا علم قبل الثلاث قالوا: فإن علم بعدها فيكون على الفور، وصحح البغوي أنه على الفور فتبعه الرافعي.

---

(١) تقدم تخريجه وهو صحيح .

قوله : أما الجس ففيه وجهان :

أصحهما عند الشيخ أبي محمد وغيره أنه يتعين التمر وعلى هذا لو أعوز التمر قال الماوردي : يرد قيمته بالمدينة . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على نقل هذا فقط عن الماوردي مع أن الماوردي قد حكى فيه وجهين : أحدهما هذا .

والثاني : قيمة أقرب بلاد التمر إليه .

قوله : وأما القدر ففيه وجهان :

أصحهما : أن الواجب صاع ، قل اللبن أم كثر .

والثاني : أن الواجب يتقدر بقدر اللبن .

ثم قال ما نصه : ومتى قلنا بالوجه الثاني فقد قال الإمام تعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز . وقيمة مثل ذلك الحيوان [بالحجاز[1]] ، فإذا كان اللبن عشر الشاة أوجبنا من الصاع عشرقيمة الشاة . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » ، وهو تفريع لا يلتئم بعضه ببعض لأنه تفريع على الوجه الثاني ، وهو أن الواجب يتقدر بقدر اللبن ، وأول هذا التفريع يقتضي اعتبار التمر والحيوان ، وآخره يقتضي نسبة اللبن من الحيوان .

والذي قاله الإمام : أنا إذا لم نري إيجاب الصاع تعتبر قيمة التمر والحيوان ، فإذا فعلنا جرى الأمر في المبذول على الحد المطلوب . هذا كلامه .

وهو موهم وقد أوضحه الغزالي في « الوسيط » فقال : إنا نقوم شاة وسطاً وصاعاً وسطاً في أكثر الأحوال فإذا قيل : هو عشر الشاة مثلاً أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة . هذا كلامه ، وليس فيه اعتبار اللبن لا

---

(١) سقط من جـ .

في الأول ولا في الآخر ، وقد اختصره الشيخ عز الدين على هذا المعنى أيضاً .

قوله : غير المصراة [إذا حلب لبنها ثم ردها بعيب قال في « التهذيب » يرد بدل اللبن كالمصراة](١) وفي تعليق أبي حامد حكاية عن نصه أنه لا يرده لأنه قليل غير معتني بجمعه بخلاف المصراة ورأى الإمام تخريج ذلك على أن اللبن يأخذ قسطاً من الثمن أم لا ؟ انتهى .

وقد ذكر الرافعي بعد هذا الفرع بنحو صفحة فرعاً آخر قد يشتبه بهذا فقال : إذا رضى بإمساك المصراة ثم وجد بها عيباً قديماً نص على أنه يردها ويرد بدل اللبن وقيل : هو كمن اشترى عبدين فتلف أحدهما وأراد رد الآخر . هذا كلامه فاستحضره هنا ، ثم إن ما نقله الرافعي عن «التهذيب » في الفرع الأول من وجوب رد بدل اللبن ليس فيه تصريح بأن البدل هو الصاع لأنه أوجب الرد كما يجب أيضاً الرد في المصراة .

وقد صرح الماوردى بأنه لا يلزمه رد الصاع لأنه عوض المصراة، قال : وإنما يرد اللبن فإن اتفقا على قدره ، وإلا فالقول قول المشتري .

قوله : الثالثة : لو لم يقصد البائع التصرية ، لكن ترك الحلاب ناسياً أو لشغل عرض أو تصرت هي بنفسها فهل يثبت الخيار ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا وبه أجاب في الكتاب لعدم التدليس .

والثاني : نعم ، للتغربر وهو الأصح عند صاحب « التهذيب » انتهى .

لم يصحح شيئاً منهما في « الشرح الصغير » أيضاً ولا في « الروضة »، واختار في « الحاوي الصغير » أنه لا رد .

قوله : ولو اشترى من يعتق عليه ثم وجد به عيباً ففي وجوب الأرش

---

(١) سقط من أ .

وجهان نقلهما ابن كج عن أبي الحسين ـ يعني : ابن القطان .

قال ابن كج : وعندي أنه يجب . انتهى ملخصاً .

وهذا الكلام مقتضاه حصول العتق جزماً ، وإنما التردد في وجوب الأرش .

إذا علمت ذلك فقد ذكر في الوكالة ما يخالفه فقال في الباب الثاني منها: فرع : سيأتي في القراض أن الوكيل بالشراء هل يشتري من يعتق على الموكل ؟ إن قلنا يشتريه فكان معيباً فللوكيل رده ولأنه لا يعتق على الموكل قبل الرضى بالعيب ، ذكره في « التهذيب » ، وليس بين المذكور هنا وفي الوكالة فرق إلا مباشرته ، ولا أثر لها قطعاً مع صحة البيع في الموضعين والجهل بالعيب وقد صرح في الوكالة بأنه إذا ثبت الخيار للوكيل ثبت للموكل وهو يقوي الإشكال .

والصحيح في الوجهين المحال عليهما في القراض هو جواز الشراء كما صححه هناك ، وصورة المسألة الثانية أن يجهل الوكيل العيب .

فأما إذا علم به فلا يقع للموكل كما نبه عليه في الوكالة قبيل هذا الموضع المذكور .

قوله : وإذا زال ملكه عن المبيع بعوض ثم عرف العيب لم يرجع بالأرش على الأصح .

قال أبو إسحاق وابن الحداد : لأنه استدرك الظلامة وقال ابن أبي هريرة:

---

(١) سقط من أ .

لأنه ما آيس من الرد فربما يعود إليه ، ويتمكن من رده ، وهذا أصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ، ونص عليه الشافعي ثم قال : فلو حدث به عيب في يد المشتري الثاني [ثم اظهر به عيب قديم فغرم له الأرش أي للمشتري الثاني] (١) ففي رجوعه بالأرش على بائعه وجهان :

قال ابن الحداد : لا يرجع لأنه ربما قبله بائعه لو قبله هو فكان متبرعاً بغرامة الأرش .

وأظهرهما : أنه يرجع لأنه ربما لا يقبله بائعه فيتضرر، قال الشيخ أبو علي: ويمكن بناء هذين الوجهين على ما سبق من المعنيين إن عللنا بالأول فإذا غرم الأرش زال استدراك الظلامة فيرجع .

وإن عللنا بالثانى فلا يرجع لأنه ربما يرتفع العيب الحادث فيعود إليه .

قال : وعلى الوجهين جميعاً لا يرجع ما لم يغزم للثاني ، فإنه ربما لا يطالبه الثاني بشيء فيبقى مستدركاً للظلامة . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما :أنه قد سبق أن ابن الحداد لا يرى التعليل باليأس ، فكيف يبني مقالته عليه ، وجمهور الأصحاب لا يرون التعليل باستدراك الظلامة ، فكيف يخرج مقالتهم أيضاً عليه ؟

فالصواب جريان الخلاف مطلقاً ،وتعليله ما سبق .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن الشيخ أبي عليّ من عدم الرجوع قبل الغرم إنما يستقيم على طريقته من كونه غير آيس .

أما الرافعي فإنه لما صحح جواز الرجوع مع أن العلة فيه اليأس لزم منه أن يكون آيساً .

وحينئذ فيرجع غرم أم لم يغرم ؛ وصحح في أصل « الروضة » أن العلة هي اليأس كما هو مقتضى كلام الرافعي .

---

(١) سقط من أ .

قوله : القسم الثاني : أن يزول لا بعوضَ فينظر إن عاد لا بعوض أيضاً ففي جواز الرد خلاف ثم قال : وإن عاد بعوض كما لو استبرأه ، فإن قلنا : لا يرد في الحالة الأولى ، فكذلك هاهنا . ويرد على البائع الأخير .

وإن قلنا : يرد . فهاهنا يرد على الأول أو على الأخير ، أو يتخير ؟ فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق . انتهى كلامه .

وما ادعاه من امتناع الرد على الثاني هنا ليس كذلك لفقد علته ، وذلك لأن العلة على ما قاله هى التطويل لأنه لورده على الثاني لرده الثاني عليه ، وهذا المعنى لا يأتي هنا لأنه أعطاه بلا عوض فلا يرد أن يورد عليه .

قوله : باع زيد عمراً شيئاً ثم اشتراه منه وظهر عيب كان في يد زيد ، فإن كانا جاهلين فلزيد الرد إن اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر منه ، ثم لعمرو أن يرد عليه ، وإن اشتراه بمثله فلا رد لزيد في أحد الوجهين لأن عمراً يرده عليه فلا فائدة ، وله الرد في أصحهما لأنه ربما رضى به فلم يرد . انتهى.

اعلم أن هذه المسألة قد ذكرها الرافعي في الكلام على القبض ، ونقل عن المتولي من غير مخالفة له أن البيع والحالة هذه أي بمثل الثمن الأول إقالة وتبعه عليه في « الروضة » وإذا كان إقالة لزم امتناع الرد .

وفي المسألة المذكورة بحث وتنبيه آخر ، وسأذكرها هناك إن شاء الله تعالى فراجعه .

قوله : فإن تعلق به حق بأن رهنه ثم علم العيب فلا رد في الحال ، وهل له الأرش؛ إن عللنا باستدراك الظلامة فنعم .

وإن عللنا بتوقع العود فلا .

ثم قال : وإن أجره ولم نجوز بيع المستأجر فهو كالرهن ، وإن جوزناه فإن رضى البائع به مسلوب المنفعة مدة الإجارة رد عليه ، وإلا تعذر الرد ففي الأرش الوجهان . انتهى .

واعلم أن الرافعي قد ذكر في التخالف أن البائع إذا رضى بأخذ المبيع وهو مستأجر أخذه ، ولا ينزعه من يد [المستأجر][١] ويكون المسمى للمشتري ويرجع البائع عليه أي على المشتري بأجرة مثل المدة .

قوله : ولو عرف [العيب][٢] بعد تزويج الجارية أو العبد ولم يرض البائع بالأخذ قطع بعضهم بأن المشتري يأخذ الأرش هنا ، واختاره الروياني والمتولي . انتهى .

واعلم أن في هذا الكلام إطلاقاً فصله الروياني على خلاف ما أجمله هنا ، وسيأتي ذكره بعد نحو ورقتين من كتابنا .

قوله : والرد على الفور ...إلى آخره .

اعلم أن الإمام قد نبه في الباب الثاني من أبواب الكتابة في الحكم الأول منه على فائدة جليلة ، واردة على هذا الإطلاق ، ونقلها عنه الرافعي هناك جازماً بها فقال ما نصه : قال الإمام : الموصوف المقبوض إذا وجده معيباً ، فإن قلنا : إنه يملكه بالرضى فلا شك في أن الرد ليس على الفور [والملك موقوف على الرضى ،وإن قلنا يحصل الملك فيه بالقبض فيجوز أن يقال الرد على الفور][٣] كما في شراء الأعيان .

والأوجه المنع لأنه ليس معقوداً عليه .

وإنما يثبت الفور في ما يؤدي رده إلى دفع العقد إبقاء للعقد . انتهى كلامه .

فاستفدنا من ذلك أن كل حق يثبت في الذمة لا يجب فيه الرد على

---

(١) في أ : المشتري .
(٢) في أ : المبيع .
(٣) سقط من أ .

الفور سواء كان [مبيعاً][1] كما إذا أسلم بلفظ البيع أو كان ثمناً للمبيع أو دين سلم .

قوله نقلاً عن « الوجيز » : وترك التقصير بأن يرد عليه في الوقت إن كان حاضراً . وإن كان غائباً أشهد شاهدين حاضرين .

فإن لم يكن حضر عند القاضي . انتهى كلامه .

ونقل عن « الوسيط » نحوه أيضاً ، وأنه صرح بأنه لو رفع إلى القاضي والمردود عليه حاضر كان تقصيراً ،ثم قال الرافعي بعد ذلك ما نصه : وفي الترتيب المذكور إشكال لأن الحضور في هذا الموضع إما أن يعني به الاجتماع في المجلس أو الكون في البلد .

فإن كان الأول فإن لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود لم يسعى إلى القاضي ولا يسعى إلى البائع ؟ والائق بمن يمنع المبادرة إلى القاضي إذا وجد البائع أن يمنع منها إذا أمكنه الوصول إليه .

فإن كان الثاني فأي حاجة إلى أن يقول شاهدين حاضرين ، ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن إشهاده . انتهى .

وقول الرافعي : (لم يسعى) تقديره لأي شيء يسعى وهو بكسر اللام بعدها ميم مفتوحة ، ثم فعل مضارع في آخره ألف .

ووقع في نسخ الرافعي بلم الجازمة وحذف الألف من يسعى على الجزم ولا معنى له ، بل هو كما ذكرناه .

وأما إيضاحه فهو أن الغزالي قد ذكر أنه لا يجوز العدول إلى الحاكم مع وجود المالك ، وأنه إذا لم يجد المالك ولا الشهود يجوز العدول إليه ـ أعني الحاكم ـ ويترك المالك : فقال الرافعي : ينبغي التسوية بين حضوره وعدم

---

(١) في ب : معيباً .

حضوره [حتى إذا جعلنا الذهاب إليه عند الوجود][١] تقصيراً كان ذلك عند عدمه .

قوله في الرد على الغائب : قال القاضي في « فتاويه » يدعي شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم ، وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب ، وأنه فسخ [البيع][٢] ، ويقيم البينة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي ويحلفه القاضي مع البينة لأنه قضاء على الغائب ثم يأخذ المبيع منه ويضعه في يدي عدل ويبقى الثمن ديناً على الغائب فيقبضه القاضي من ماله .

وإن لم يجد له سوى المبيع باعه فيه . انتهى كلامه .

وما ذكره الرافعي في هذه المسألة يوهم أو يقتضي أن المشتري إذا فسخ بالعيب ليس له حبس المبيع لاسترداده الثمن ، وليس كذلك ، بل له حبسه إلى قبضه . كذا نقله الرافعي في الكلام على حكم المبيع قبل القبض عن صاحب « التتمة » وأقره وبني عليه امتناع تصرف البائع فيه .

قوله : وإلى أن ينتهي إلى الخصم أو القاضي هل يلزمه الاشهاد على الفسخ إذا تمكن منه ؟ فيه وجهان منقولان عن صاحب « التتمة » وغيره أصحهما اللزوم . انتهى كلامه .

ومقتضاه رجحان اللزوم ، وقد صرح به في « الشرح الصغير » هنا فقال: فيه وجهان ، واللزوم أشبه بالترجيح عندهم ، وكذلك في « المحرر » أيضاً فقال : إنه أظهر الوجهين .

إذا علمت ذلك فقد ذكر في الشفعة في الكلام على ما إذا بلغه الخبر وهو غائب فسار من غير إشهاد ما يخالفه فإنه قال : والظاهر أنه لا يجب الاشهاد كما لو أنقد وكيلاً .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : العيب .

وليطرد ذلك فيـما إذا كان حاضـراً في البلد فخرج إليـه أو إلى مجلس الحكم كما سبق في الرد بالعيب . انتهى كلامه .

ذكر مثله أيضاً في « الشرح الصغير » ولم يتعرض لهذا في « المحرر » : ولا شك أن البابين من جهة المعنى على حد واحـد ، وقد صرح الأصحاب بذلك ، بل صرح هو به في هذا الـباب فقال : واعلم أن القـول في كيفـية المبادرة وما يكـون تقصيراً وما لا يكون إنمـا نبسطه في كتاب الشـفعة . هذا كلامه .

فدل على ما قلـناه من استواء البابين ، وهو واضح وقـد وقع الموضعان كذلك في « الروضــة » وصحح في تصحـيح التنبيه في مـسألة الشفـعة أنه يجب على عكس ما ذكره في « الروضة » هناك .

ومن نظائر المسألة نفي الولد ، وقـد رجح فيه الرافعي في كـتاب اللعان وجوب الإشهاد إذا كان غائباً وسار لنفيه ، واقتضى كلامه أنه لا يجب على الحاضر .

قوله : ولو عـجز في الحال عن الإشهـاد فهل عليه التلفظ بالفسـخ ؟ فيه وجهـان : أصحـهمـا عند الإمام وصـاحب « التهـذيب » أنه لا حاجـة إليه . انتهى كلامه .

ذكر في « الروضة » مثـله أيضاً ، والراجح في هذه المسألة أنه لا بد منه فقد قال صاحب « التتمة » : إذا اطلع ليلاً ولم يتمكن من الحاكم والإشهاد والبـائع فلا بد من الفـسخ باللفظ عند عـامة الأصـحاب ، وجـوز القفـال التأخير .

وهذا الكلام صريح في حكايته عن الأكـثرين ، وليس في كلام الرافعي ترجـيح إلا عن الإمـام والبغـوي ، لكنه في « الشـرح الصـغـير » صـرح بالتصحيح فقال : الأصح أنه لا حاجة إليه .

فكأنه لما لم يجد في « الكبير » إلا هذا الترجيح صرح به .

واعلم أن الإمام لم يفرضها في حال العجز كما فرضه الرافعي ، بل أطلق ، وأيضاً فإنه جازم بعدم الوجوب لا مصحح له .

قوله : ولو قال : لم أعلم أن الرد يبطل بالتأخير قبل قوله : لأنه يخفي على العوام . انتهى .

استدرك النووي فقال : شرطه أن يكون مثله ممن يخفي عليه ؛ قال : وكذلك الشفعة .

وهذه المسألة مع نظائرها نذكرها إن شاء الله تعالى مبسوطة في النكاح .

قوله : فلو كان المبيع رقيقاً فاستخدمه في مدة طلب الخصم أو القاضي بطل حقه ، وإن كان بشيء خفيف . انتهى كلامه .

واعلم أن الإستخدام هو طلب الخدمة ، وحينئذ فيؤخذ من التعبير به أنه لو خدمه وهو ساكت لم يضر ، وهو متجه ، وأن مجرد الطلب يؤثر سواء وجد العمل أم لم يوجد ، وفيه نظر .

قوله : ولو ركب الدابة للانتفاع فاطلع على العيب لم يجز استدامة الركوب ، وإن توجه للرد بخلاف ما لو كان لابساً ثوباً فاطلع على عيبه في الطريق ، فتوجه للرد ولم ينزع فهو معذور ، لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد ، قاله الماوردي . انتهى كلامه .

وما ذكره الماوردي في الثوب يتعين تصويره في ذوي الهيئات ، فإن غالب المحترفة لا يمتنعون من ذلك ، ويأتي أيضاً نحوه في النزول عن الدابة .

قوله من « زوائده » : قلت لو اشتري عبداً فأبق قبل القبض فأجاز المشتري المبيع ثم أراد الفسخ فله ذلك ما لم يعد العبد إليه ، ذكره الإمام الرافعي في آخر المسائل المنثورة في آخر كتاب الإجارة . انتهى .

وهذه المسألة وأخواتها كالغصب والصباغ . ذكرها الرافعي في الباب الذي يلي ما نحن فيه ، وهو باب حكم المبيع قبل القبض ، وحكى فيها خلافاً وتفاريع ، وبسط الكلام فيها فراجعها .

قوله : ولو زال العيب الحادث بعد ما أخذ المشتري أرش العيب القديم فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ فيه وجهان : أصحهما : المنع .

وإن كان بعد قضاء القاضي فوجهان مرتبان ، والأصح كما قاله البغوي أيضاً المنع . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح هو ما صححه البغوي ، كذا صححه النووي في أصل « الروضة » ؛ لكن في « الحاوى الصغير » جواز الرد .

الثاني : أن ما ذكره الرافعي من ترتيب الخلاف [على الخلاف][1] يؤخذ منه وجه فارق بين المسألتين ، ولم يذكره النووي في « الروضة » بل سوى بين المسألتين .

قوله : واعلم أن كل ما يثبت الرد على البائع لو كان في يده يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري ، وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري إلا في الأقل .

فلو خصي العبد ثم عرف به عيباً قديماً فلا رد ، وإن ازدادت قيمته ، ولو نسى القرآن أو الحرفة ثم عرف به عيباً قديماً فلا رد لنقصان القيمة . انتهى كلامه .

ومعنى قوله : (إلا في الأقل) أنه يتصور أن لا يرد المشتري بالشيء على البائع ، ومع ذلك يمنع الرد إذا حدث عند المشتري .

---

(١) سقط من أ .

قال ابن الرفعة في « المطلب » : ولعله احترز به عما ذكره ابن الصباغ من أنه إذا اشترى عبداً له أصبع زائدة فقطعها فإنه يمنع الرد ، وإن زادت به قيمته كما إذا خصي العبد ، وإن كان لو اشتراه وقد قطع البائع أصبعه الزائدة قبل البيع ولا شين لا يثبت للمشتري الخيار بخلاف الخصي .

وما ذكره ابن الصباغ من امتناع الرد قد سبقه إليه القاضي أبو الطيب ، وخالفهما المتولي فقال : إن له الرد ، لكن قال ذلك بعد : إن قرر أن فعل البائع له ليس بعيب ، وهو ماشٍ على قاعدته .

وأما القاضي أبو الطيب وابن الصباغ فيحتمل أن [لا][1] يكونا قالا ذلك لأنهما يريان أنه عيب حتى يرد به المشتري لو صدر عند البائع .

ويحتمل أن يكون المستند أنه جزء ورد عليه العقد وهو غير موجود حالة الرد .

قوله : ولو زوجها ثم عرف بها عيباً فكذلك ، أي ليس له الرد لنقصان القيمة .

قال الروياني : إلا أن يقول الزوج : إن ردك المشتري بعيب فأنت طالق ، وكان ذلك قبل الدخول ، فله الرد لزوال المانع بالرد . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على حصر الرد فيما ذكره الروياني وليس كذلك، فإن التزويج لو كان من البائع كان كتعليق الطلاق على الرد لأنه بالرد ينفسخ النكاح . ولم أر هذه الصورة مسطورة ، وقد توقف ابن الرفعة في «المطلب» فيما ذكره الروياني لأجل مقارنة العيب للرد ، والتوقف ضعيف لأن المعنى المقتضي للامتناع وهو نقصان القيمة غير موجود .

قلت : ويندفع النظر المذكور بما إذا قال الزوج : فأنت طالق قبيله .

---

(١) سقط من أ ، حـ.

قوله : وإذا اشـترى حلياً بوزنه من جنـسه ثم أطلع علي عيب قـديم بعد حدوث آخر عنده ففيه أوجه :

أحـدها : وهو اختيـار القاضي الطبـري وصـاحب « المهذب » ومـعظم العراقيين : أنه يفسخ البـيع ، ويرد الحلي مع أرش العيب الحادث ...إلى آخر ما قال .

فيه أمران :

أحـدهـمـا : أن الرافعي لم يصـرح هنا بتصحيح ، وقـد صرح به في «الشرح الصغير» فقال : إن هذا الوجه ذهب إليه الأكثرون ، وصححه أيضاً النووي في « أصل الروضة » .

الثـاني : لم يبين الرافعي أن الفـاسخ هو الحاكم أو المشتـري؟ وقد بينه الشيخ أبو حامد وصاحب « العدة » فقالا : إن الفاسخ هو الحاكم .

قوله في « الروضة » : فرع :

لو اطلع على عيـب الثوب بعد صـبغه فـأراد البائع إعطاء الأرش وأراد المشتري رد الثوب وأخذ قيمة الصبغ فالأصح أن المجاب هو البائع ، ولو كان بالعكس فـوجهان ، قطع ابن الصـباغ والمتـولي بأن المجاب هو البـائع أيضاً . انتهى ملخصاً .

صرح الرافـعي بأن الراجح في المسألة الثـانية هو مـا قالاه ، فقـال بعد حكاية هذا في أثناء بـحث ما نصـه : وقـضـية إيراد الأئمـة أنه لا يجـاب المشتري إذا طلب الأرش . انتهى .

فحذف النووي الترجيح المذكور ، مع أن الواقف على هذا الكلام لو لم يظفر به ـ أعني بهـذا : الترجيح ـ لكان [لا][1] يتوقف في إجـابة المشتري

---

(١) سقط من أ .

لأنه طالب لتقرير العقد .

والأصح فيه أنه يجاب طالبه كما تكلموا عليه في مسألة امتناع الرد بحدوث العيب إذا لم يرض البائع بأخذه مجاناً ، بل مسألة الصبغ أولى بالإجابة لأن في إجابة البائع لما سأله فيها إخراج عين من ملك المشتري لم يرض بإخراجها ، ثم إنهم قد قالوا أيضاً بتقديم الإجازة على الفسخ فيما إذا اشترى عبداً بأمة ثم أعتقهما فإن الأصح تنفيذ إعتاق ما يقتضي إبقاء العقد.

وبالجملة فهذه المسألة مشكلة خارجة عن القواعد محتاجة للفرق بينها وبين ما سبق .

قوله : ولو اشترى شيئاً مأكوله في جوفه فكسر منه مقداراً يعرف به العيب فوجده معيباً ففي رده خلاف .

فإن جوزنا ففي تفريعه أرش الكسر خلاف . ثم قال : فإن قلنا بالتغريم غرم ما بين قيمته صحيحاً فاسد اللب ومكسوراً فاسد اللب ولا ينظر إلى الثمن . انتهى كلامه .

وحاصل ما ذكره أن العين المبيعة إذا رجعت إلى البائع بانفساخ العقد فوجد بها عيباً وطالب بالعيب فإنه ينسب الأرش إلى القيمة لا إلى الثمن .

والمعني فيه أن العقد قد انفسخ ، وصار المقبوض في يده كالمستام .

إذا علمت هذا الحكم وتعليله فقد جزم في الفلس بما يخالفه فقال فيما إذا رجع غريم المفلس في العين ، وقد نقصت بفعل مضمون أنه يطالب مع الغرماء بأرش النقص من الثمن .

ووقع الموضعان كذلك في « الشرح الصغير» و«الروضة» ، واقتصر في «المحرر» على ذكرها في الفلس .

ولأجل هذا الاختلاف أثبت ابن الرفعة في «الكفاية» في المسألتين خلافاً.

قوله : وإذا باع بعض المبيع ثم اطلع على عيب فهل يرجع بحصة الباقي؟ فيه وجهان :

قال في « التهذيب » : أصحهما : أنه يرجع . انتهى .

والصحيح ما قاله صاحب « التهذيب » ، كذا صححه النووي في أصل « الروضة » .

قوله : وإذا وجد بالمبيع عيباً يمكن حدوثه فادعى البائع أنه حدث عند المشتري ، وأنكر المشتري فالقول قول البائع لأن الأصل لزوم العقد واستمراره . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أننا وإن صدقنا البائع فإذا حلف ثم جرى الفسخ بعده فتحالف وطالب المشتري بأرشه ، وزعم أنه أثبت حدوثه بيمينه فلا نجيبه إليه لأن يمينه وإن صلحت للدفع عنه فلا تصلح لشغل ذمة المشتري، بل للمشتري أن يحلف الآن أنه ليس بحادث . قاله الغزالي في « الوسيط » هنا، وسبقه إليه القاضي ثم الإمام .

الثاني : رأيت في « المطارحات » لابن القطان مسألة حسنة غريبة فيها تقييد لإطلاق تصديق البائع فقال : لو ادعى المشتري عينين في يد البائع فاعترف بأحدهما ، وادعى حدوث الآخر في يده حتى يمتنع عليه الرد كان القول قول المشتري ، وجعلها قاعدة عامة حيث كان العيب يثبت الرد صدق البائع ، وحيث كان يبطله صدق المشتري ، وهذا الذي قاله متعين عملاً بالأصل في الموضعين .

قوله : ولو اختلفا في بعض الصفات هل هو عيب فقال واحد من أهل المعرفة : إنه عيب ، فهل يثبت الرد ؟ قال في « التهذيب » : نعم .

واعتبر في « التتمة » شهادة اثنين . انتهى .

تابعه في « الروضة » على حكاية الوجهين من غير ترجيح . وقال في «المطلب » : القياس ما قاله صاحب « التتمة » وجزم به القفال في «فتاويه» ويشهد له أيضاً ما قاله الرافعي في الديات ، وتابعه عليه النووي أيضاً أنّا إذا أوجبنا الخلفات فلا بد من معرفة الحمل من قول عدلين من أهل الخبرة ، والحمل من جملة العيوب المذكورة . هاهنا وإن لم يكن في البهائم عيباً .

قوله : وفي « التتمة » ذكر وجه أن الفسخ يرفع العقد من أصله مطلقاً أي قبل القبض وبعده تخريجاً من القول بوجوب مهر المثل إذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المسيس . انتهى كلامه .

وما قاله ليس مطابقاً لما في « التتمة » ، فإنه قد ذكر أن الرد يرفع العقد من أصله تخريجاً من نص الشافعي في النكاح على أن الرجل إذا وطئ امرأته ثم وجد بها عيباً يفسخ النكاح يغرم لها مهر المثل .

قال : ووجه هذه الطريقة المخرجة أن سبب الفسخ قارن العقد وهو العيب فاستند في الحكم إليه ، ويجعل كأنه جمع في العقد بين موجود ومعدوم حتى يصير كأن العقد لم يكن . انتهى كلامه .

وهو صريح في اختصاص هذا الوجه المخرج بالعيب المقارن على خلاف ما دل عليه تعبير الرافعي .

وعلى هذا فيكون الفسخ بالعيب الحادث مضافاً إلى وقت حدوثه كما ذهب بعض الأصحاب إليه في فسخ النكاح .

قوله : وإن افتضها الأجنبي بآلة الافتضاض فعليه المهر ، وهل يدخل فيه أرش البكارة أو الرد ؟ فيه وجهان : أصحهما : يدخل . انتهى .

هذه المسألة سبق الكلام عليها واضحاً في آخر باب البيوع المنهي عنها فراجعه .

قـوله : لنـا مـا روى أن مـخلد بن خـفـاف ابتـاع غـلامـاً ...الحـديث المعروف[١].

وروى في آخره أنه عليه الصلاة والسلام قال : « الخراج بالضمان » .

أما مخلد فإنه بميم مـفتوحة وخاء معجمة سـاكنة . وخفاف بضم الخاء المعجمة وتخفيف الفاء ، وهو غفاري يقال : إن له ولأبيه ولجده صحبة .

وحديثه هذا رواه أبو داود وابن حبان في « صحـيحه » وكذلك الترمذي والحاكم وقالا : إنه صحيح .

قولـه : ولو اشتـرى جارية فـولدت ثم اطلع على عيب بهـا فهل يتـعين الأرش أم يجوز التفريق ؟ فيه اختلاف .

ثم قال : وسنذكر نظيره في الرهن . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح في هذه المسألة أنه لا يجوز التفريق ، وكذا صرح الرافعي بالمسألة ، وبالتصحيح في باب الفلس في الكلام على الرجوع وعبر بالأصح فافهمه ، فإن المسألة ليس فيها تصحيح في هذا الباب .

الثاني : أن الرافعي أشار بقوله : (وسنذكر نظيره في الرهن) إلى أن الأم

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذي (١٢٨٥) والنسائي (٤٤٩٠) وابن ماجة (٢٢٤٢) وأحمد (٢٥٧٨٦) وابن حبـان (٤٩٢٨) والحاكم (٢١٧٧) والشافـعي (١٢٠٣) والدارقطني (٣/ ٥٣) والطيالسي (١٤٦٤) وأبو يعلـي (٤٥٣٧) وعبد الرزاق (١٤٧٧٧) وابن أبي شيـبة (٤/ ٣٧٣) والبيهـقي في « الكبرى » (١٠٥٢١) والطحاوي في « شرح المعـاني » (٥١٣٣) وإسحاق في «مسنده » (٧٥٠) وابن الجعد في « مسنده » (٢٨١١) وابن الجارود (٦٢٧) .

قال الترمذي : حسن صحيح .

وقال الحاكم : صحيح .

وقال الألباني : حسن .

إذا رهنت دون الولد أو بالعكس واحتجنا إلى البيع فإنه لا يجوز التفريق على الأصح ، غير أنه لا يؤخذ منه امتناع التفريق في هذه المسألة لأن الرافعي لم يجعل المسألة كالمسألة وإنما جعل الخلاف نظير الخلاف ، وهو نظيره لكونه أيضاً خلافاً في جواز التفريق .

وقد عبر النووي في « الروضة » عن هذه العبارة بتعبير فاسد فقال : وستأتي المسألة مع نظيرها في الرهن . هذا لفظه .

والمسألة ليس لها ذكر في الرهن ، وليست أيضاً نظير هذه .

قوله : فأما إذا اشترى جارية أو بهيمة حاملاً ثم وجد بها عيباً ، فإن كانت حاملاً بعد ردها كذلك وإن وضعت الحمل ، ونقصت بالولاة فلا رد . انتهى كلامه .

وما قاله ـ رحمه الله ـ من امتناع الرد بسبب النقصان الحاصل من الولادة تابعه عليه في « الروضة » وهو صحيح إن كان المشتري عالماً بالحمل حالة العقد ، أو علم به بعد ذلك ورضى .

فأما إذا استمر الجهل إلى الوضع فلا ، وقد تقدم في أول الباب أن العيب إذا حصل في يد المشتري بسبب موجود في يد البائع كافتضاض البكر وقطع العبد وقتله بما سبق من النكاح والجناية والردة هل يكون من ضمان البائع أو المشتري ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أصحها : إن علم المشتري بذلك كان من ضمانه وإلا فمن ضمان البائع .

قوله : ولو اشترى جارية أو بهيمة حائلاً فحملت ثم اطلع على عيب ، فإن نقصت بالحمل فلا رد إن كان الحمل في يد المشتري ، وإن لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الرد .

وأما الولد فإن قلنا : يعرف ويأخذ قسطاً من الثمن فيبقى للمشتري

فيأخذه إذا انفصل .

وحكى الماوردي وجهاً آخر أنه للبائع لاتصاله بالأم عند الرد .

وإن قلنا : لا يعرف فهو للبائع ، ويكون تبعاً للأم عند الفسخ كما يكون تبعاً لها عند العقد . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن الكلام على أن الحمل هل هو عيب أم لا ؟ وقد سبق في العيوب ذكره ، وذكر ما وقع فيه من المخالفة في كلامه وكلام النووي فراجعه .

الثاني : أن الحمل هل يتبع الأم في الفسخ أم لا ؟ وحاصل ما ذكره هنا ترجيح عدم الدخول .

إذا علمت ذلك فقد ذكر في نظيره من الفلس ما يخالفه فقال في آخر الباب في الكلام على رجوع البائع : ولو كانت حائلاً عند الشراء حاملاً عند الرجوع ففي رجوع البائع في الحمل قولان ، والأكثرون مائلون إلى ترجيح قول الرجوع ، وذكروا أنه المنصوص لأن الحمل تابع في البيع ، فكذا في الرجوع انتهى ملخصاً .

ووقع الموضعان كذلك في « الشرح الصغير » و«الروضة» والصواب التسوية بينهما .

وحينئذ فينبغي أن تكون الفتوى على انتقال الحمل مع الأم لنقله إياه في الفلس عن الأكثرين ، وهو مقتضى كلام « المحرر » ، فإنه هنا جعل الزيادات المتصلة للبائع ، ولم يستثنى منها شيئاً ، وصرح به هناك .

ومن نظائر المسألة رهن الجارية أو البهيمة حائلاً ثم تحمل ، والأصح أن الرهن لا يتعدى إلى الولد وكذلك رجوع الوالد في الهبة .

والصحيح فيها أن الحمل لا يتبع الأم على وفق ما صححوه في هذا

الباب . كذا صححه النووي في « الروضة » وهو مقتضى كلام الرافعي ، فإنه بناه على أنه هل يأخذ قسطاً من الثمن كما فعل هنا ؟ .

الأمر الثالث : إذا قلنا : لا يتبع في الفلس ، فقال الشيخ أبو محمد : يرجع فيها قبل الوضع .

وقال الصيدلاني وغيره : لا يرجع في الحال ، بل يصبر إلى انقضاء المدة ، هكذا قاله الرافعي .

ومقتضاه رجحان الثاني ، وحينئذ فقياسه أن لا يجوز للمشتري أن يفسخ بالعيب حتى تضع ، لكن ذكر النووي هناك من « زياداته » أن قول الشيخ أبي محمد هو ظاهر كلام الأكثرين .

وفي « الشرح » و«الروضة» حكاية الوجهين في الواهب من غير ترجيح .

وسبب امتناع الرجوع قبل الوضع أنه إدخال ملك اختياراً فلم يجز عند عدم دخول الحمل كبيع الحامل بحر ، فإنهم صححوا امتناعه ، وعللوه بأن مقتضى البيع دخول الحمل مع الأم ، ولم يوجد فصار نظير ما إذا باع الجارية واستثنى حملها .

وقد تقدم [الكلام على][1] هذا التعليل في موضعه .

الأمر الرابع : أن النووي قد ذكر أيضاً من « زياداته » في كتاب الفلس نقلاً عن الماوردي من غير مخالفة له أنا إذا قلنا : إن الحمل لا يتبع الأم فلا تسلم الجارية إلى البائع ، ولا تبقى في يد المشتري أو الغرماء لأن لكل واحد حقاً ، وقياس هذا إنما يأتي في الرد بالعيب ، وظاهر كلامهم يأباه .

واعلم أن الحمل يندرج في المعاوضة قطعاً ، وفي اندراجه في غيرها من العقود والفسوخ قولان ،حتى الهبة نقل الإمام فيها أن الجديد عدم

(١) سقط من أ .

الاندراج، وكلام الرافعي يقتضي الجزم فيها بالاندراج ، وفي الرهن الأصح الاندراج وفي الفلس والرجوع بالهبة .

قوله : لكن لو أقاله في البعض ليعجل الباقي أو عجل المسلم إليه البعض ليقيله في الباقي فهي فاسدة . انتهى كلامه .

وهذه المسألة سبق الكلام عليها واضحاً في أول البيوع المنهي عنها فراجعه .

قوله من « زياداته » : قال القفال في « شرحه في التلخيص » : لو تقايلا ثم اختلفا في الثمن ففيه ثلاثة أوجه ، سواء قلنا : الإقالة بيع أو فسخ :

أصحها ـ وهو قول ابن المرزبان ـ :أن القول قول البائع .

والثاني : قول المشتري .

والثالث : يتحالفان وتبطل الإقالة . انتهى كلامه .

وهذه المسألة لم أرها في « شرح التلخيص » المذكور وينبغي تحرير تصويرها لأنه إن كان قبل قبض الثمن فلا فائدة في الاختلاف لأنه ساقط عن المشتري ، قليلاً كان أو كثيراً .

فإن قيل : قد يكون معيناً وتحصل منه زوائد يطلبها البائع .

قلنا : حينئذ لا موجب لتصديق البائع وإعطائه ما يدعيه بمجرد قوله .

وإن كان بعد القبض فتصديق البائع واضح لأنه غارم ، ومجيء الخلاف بعيد لا سيما التحالف ، فإنه يؤول أيضاً إلى النزاع بعد الانفساخ فلا يبقي له فائدة .

قوله : ولو رد العقد علي درهمين معينين فخرج أحدهما نحاساً له قيمة فالعقد باطل لأنه بان أنه غير ما عقد عليه ، وقيل : إنه صحيح تغليباً للإشارة. انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من تغليب العبارة على الإشارة ، قد ذكر في أوائل كتاب النكاح في الكلام على المعقود عليه ما يعكر عليه فإنه ذكر هناك ما إذا قال: بعتك فرسي هذا ، وهو بغل ، وذكر فيه ما يقتضي الصحة تغليبًا للإشارة، ونقل هناك أيضًا عن الروياني في « البحر » أنه لو قال : زوجتك هذا الغلام وأشار إلى ابنته صح ، وكلامه أيضًا يقتضي صحة البيع في كتاب الخلع، ولم يتعرض في « الروضة » للموضع الثاني.

قوله من زياداته : ولو اشترى سلعة بألف في الذمة فقضاه عنه أجنبي متبرعًا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الألف ، وعلى من يرد؟ وجهان:

أحدهما : على الأجنبي لأنه الدافع .

والثاني : على المشتري لأنه تقدر دخوله في ملكه فإذا رد المبيع رد إليه ما يقابله، وبهذا الوجه قطع صاحب المعاياة . انتهى كلامه.

وهذا الكلام فيه إشعار برجحان الثاني لأن تصحيح بعض أئمة المذهب معمول به فضلاً عن القطع، لكن نقل في الصداق ما يخالفه فقال في أوائل السبب الرابع من الباب الثاني ما نصه : وإذا كان الابن بالغًا وأدى الأب عنه الصداق فهو كالأجنبي إذا أدى عنه، والأصح في صورة الأجنبي عود النصف إليه لا إلى الزوج ، قاله الإمام . انتهى .

وذكر أيضًا في كتاب الضمان نحوه فقال : وإذا ضمن الثمن عن المشتري بغير إذنه وأداه فرده المشتري بعيب أو غيره فهل يرجع ما دفعه إليه أم للمشتري ؟ قال: على الخلاف المذكور في الصداق ولا ذكر لهذه المسألة في « الشرح الصغير » .

قوله أيضًا من « زياداته » : قال القفال والصيدلاني وآخرون : إذا اشترى ثوبًا وقبضه وسلم ثمنه ثم وجد بالثوب عيبًا قديمًا فرده فوجد الثمن معيبًا ناقص الصفة بأمر حدث عند البائع يأخذه ناقصًا ولا شيء عليه له بسبب

النقص، وفيه احتمال لإمام الحرمين ذكره في باب تعجيل الزكاة . انتهى كلامه .

هذه المسألة ذكرها الرافعي في المانع الأول من موانع الرد ، وما ذكره هنا أيضًا من جعل الرجوع احتمالاً غريب ، فإنه وجه ثابت قوي على ما صرح به هو هناك فقال : لا أرش لنقص صفة المسمى في الأصح.

قال رحمه الله : النظر الثالث
في حكم العقد قبل القبض وبعده

قوله : الأول أن يتلفه المشتري فهو قبض منه على المذهب ـ إلى آخره.

يستثني من ذلك ما إذا اشترى عبدًا [فارتد][1] قبل القبض وكان المشتري هو الإمام فقتله فإنه لا يكون قبضًا ولا يستقر عليه الثمن بخلاف ما إذا كان غير الإمام فإنه مستقر عليه ، كذا نقله الرافعي قبيل باب الديات عن «فتاوى البغوي » وأقره.

ويستثني أيضًا ما لو قتله قصاصًا ففي « المطلب» لابن الرفعة أنه يظهر أن يكون كالآفة.

والقياس في تارك الصلاة وقاطع الطريق والزاني المحصن أن يكونوا كالمرتدين في هذا الحكم .

ويتصور كون الزاني المحصن عبدًا مع أن شرط الإحصان الحرية في الكافر إذا زنى ثم لحق بدار الحرب فاسترق .

وقد سبق في أواخر الرد بالعيب كلام آخر متعلق بهذه الصورة.

واعلم أن استقرار الثمن على قاتل المرتد إذا كان غير الإمام مشكل ، فإنه لو قتله لم يلزمه شيء كما ستعرفه واضحًا في خيار النقص ، فكيف يستقر عليه الثمن مع أن هذا القتل غير مضمون ، وهكذا القول أيضًا في الثلاثة التي ألحقها .

وأما القتل للصيال فسيأتي في كلامه.

قوله : والثالث أن يتلفه البائع فطريقان:

أظهرهما : أنه على قولين :

---

(١) سقط من أ .

أصحهما : انفساخ العقد . انتهى كلامه .

وما صحـحه هاهنا من الانفســاخ قد صححـه أيضًا في باب الفلس في الكلام على رجـوع البـائع فقـال : إنه الأصح عند صــاحب « التهـذيب » وغيره، وصححه أيضًا هنا في « الشـرح الصغير » و« المحرر » [لكنه أعادها في « الشرح الصـغير » في أوائل كتاب الـصداق وقال : الأصح][1] أنـــه كإتلاف الأجنبي ؛ والفـتوى على المذكور هنا وهو الانفســاخ. فإن الرافعي نقله في آخر المسألة عند الكلام عل رقم كلام الغزالي عن الجمهور.

قوله : ولو صال العبد المبيع على المشـتري في يد البائع فقتله دفعًا ، فعن الشيخ أبي علي ألا يستقر الثمن عليه .

وعن القاضي أنه يستقر . انتهى .

والأصح عدم الاستقرار ، وكذا قال النووي من « زياداته » .

قوله : ولو أغـرق البحر الأرض المشـتراة أو وقع عليهـا صخور عظيـمة من جبل بجنبها أو كـسيها رمل فهل هو كالمتلف أو أثرها ثبوت الخـيار؟ فيه وجهان ، الأشبه الثاني . انتهى .

وما ذكره ها هنا من ترجيح ثبوت الخيار قد ذكر ما يخالفه في موضعين من هذا الكتاب : أحـدهما في كتاب الشـفعة [فإنه جـزم في أوائل الباب الثاني منها بأن غرق الأرض إتلاف لا تعييب . حتى إنه إذا حصل في بعض الأرض المشتراة] [2] فلا يأخذ الشفيع إلا بالحصة.

والثاني في آخر الإجـارة فقال فيمـا إذا استأجر أرضًـا فغرقت بالماء أنه يكون كانهدام الدار .

والصحيح فى انهدامها الانفساخ لا الخيار .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

ووقعت هذه المواضع أيضًا في « الروضة » ، وعبر عن قول الرافعي هنا الأشبه والثاني بقوله : إنه الأصح .

وذكر في « الشرح الصغير » الموضع الثاني فقط ، ولم يتعرض للمسألة في « المحرر » ولا في « مختصره».

قوله : إذا اشترى عبدين وتلف أحدهما قبل القبض انفسخ البيع فيه ، وفي الثاني قولا تفريق الصفقة . انتهى .

وهذه المسألة سبق الكلام عليها في تفريق الصفقة فراجعه .

قوله : وأصح الأوجه أنه يصح إعتاق المبيع قبل القبض سواء كان للبائع حق الحبس أم لا ثم قال : فلو وقفه ففي « التتمة » أنه ينبني على أن الوقف هل يفتقر إلى القبول ؟

إن قلنا : نعم . فهو كالبيع ، وإلا ، فكالإعتاق وبهذا أجاب صاحب «الحاوي » . انتهى .

وهذه المقالة التي نقلها هنا عن « التتمة » وارتضاها ولم يردها نقلها عنه أيضًا في وقف الراهن المرهون ثم صحح القطع ، بإنه لا يلتحق بالعتق وأنه يبطل مطلقًا .

والقياس التسوية بين البابين وإلا فما الفرق .

قوله : ولو باع المبيع قبل القبض من البائع لم يصح في أصح الوجهين، ثم قال : والوجهان فيما إذا باع بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقصان أو تفاوت صفة وإلا فهو إقالة بصيغة البيع . قاله في « التتمة» . انتهى .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » وكذلك النووي في « الروضة » . والنقل المذكور قد نقله صاحب « التتمة » عن بعضهم فقال : السابعة : إذا باع المبيع قبل القبض من البائع فمن أصحابنا من قال : إن باع منه بغير جنس الثمن الأول وقدره وصفته فهو إقالة بلفظ البيع .

ومنهم من قال : البيع منه جائز لأن المنع من البيع بحق أو للعجز عن التسليم فأيهما كان ففي حقه معدوم هذا لفظه .

وقد ذكر شيخه القاضي الحسين هذه المسألة بزيادة لابد من معرفتها ، فإن حكم المسألة متوقف عليها فقال وإن باعه بمثل ذلك الثمن جنسًا وقدرًا إن جوزنا البيع في المسألة الأولى فهاهنا أولى ، وإلا فوجهان :

أحدهما : لا يجوز كذلك .

والثاني : يجوز ويجعل إقالة بلفظ البيع .

والوجهان في الحقيقة ينبنيان على أن العبرة في العقد باللفظ أو بالمعنى؟ هذا لفظه .

وفي المسألة كلام آخر سبق ذكره في الرد بالعيب في الكلام على ما إذا اطلع على العيب بعد زوال الملك فراجعه والأصح كما قاله الرافعي في أوائل السلم أن العبرة باللفظ . وحينئذ فلا يصح هذا على الصحيح .

والعجب من إسقاط الرافعي هذه الزيادة .

قوله : فلو وهب منه أي من البائع قبل القبض أو رهن فطريقان :

أحدهما : القطع بالمنع .

وأصحهما في ما نقل عن صاحب « التهذيب » : أنه على القولين . انتهى .

والصحيح ما قاله صاحب « التهذيب » كذا صححه النووي في أصل «الروضة» .

قوله : والأمانات كالوديعة . ثم قال : والمال في يد المستأجر بعد المدة. انتهى .

وهذه المسألة فيها كلام يأتي ذكره إن شاء الله تعالى في الإجارة فراجعه.

قوله : فمنها ما حكاه صاحب « التلخيص » عن النص أن الأرزاق التي يخرجها السلطان للناس يجوز بيعها قبل القبض ، فمنهم من قال : هذا إذا قرره السلطان فتكون يد السلطان في الحفظ يد المفرز ، ويكفي ذلك لصحة البيع .

ومنهم من لم يكتف بذلك ، وحمل النص على ما إذا وكل وكيلاً في فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل ، وإلا فهو بيع شيء غير مملوك ، وهذا ما أورده القفال في الشرح . انتهى ملخصاً .

فيه أمران نبه عليهما في « الروضة » :

أحدهما : أن الأصح هو الأول ، وإن كان على خلاف القاعدة للرفق بالجند .

الثاني : أن مراد الرافعي بقوله : وهو الذي أورده القفال في « الشرح » إنما هو عدم الاكتفاء فإنه نقل هكذا في « شرح التلخيص» له ، وأما الحمل المذكور على ما إذا وكل فلم يذكره .

قال : وصرح القفال بأن مراد الشافعي بالرزق هو الغنيمة . انتهى كلام « الروضة » .

والذي ذكره الرافعي والنووي هنا كلام غير محرر مخالف للقواعد والنقول في المسألة بعينها ، ويصح بما ذكره الرافعي في كتاب السير فإنه قال: وقولنا : تملك الغنيمة بالقسمة ، محله إذا رضي الغانم بالقسمة أو قبل ما عينه له الإمام .

وأما إذا رد فينبغي أن يصح رده .

وذكر البغوي فيه خلافاً فقال : إذا أقر الإمام الخمس وأقرر نصيب كل واحد منهم أو أقرر لكل طائفة شيئاً معلوماً فلا يملكونه قبل اختيار التملك على الأصح حتى لو ترك بعضهم حقه صرف إلى الباقين هذا كلامه .

وحينئذ فيكون ما ذكره هاهنا من صحة البيع في نصيبه وهو في يد الإمام صحيحاً متجهاً ماشياً على القياس لأنه بيع الغانم المقدار الذي عينه له الإمام قبول منه له لاسيما إذا وجد منه الرضى بقسمة الإمام، ولو أفرز الإمام للأجناد المرتبين في ديوان الجيش شيئاً من مال [الفيء][1] كان بيعه قبل قبضهم له مخرجاً على ما ذكرناه في الغنيمة .

قوله : ومنها: الشفيع إذا تملك الشقص قال في « التهذيب » : له بيعه قبل القبض .

وقال في « التتمة » : ليس له ذلك لأن الأخذ بها معاوضة .

قال في « الروضة » : من « زوائده » إن الثاني أقوى . انتهى .

وفيه أمران :

أحدهما : أن الرفعي قد صرح بالتصحيح في باب الشفعة فقال : إنه أظهر الوجهين ، وعبر عنه في « الروضة » بالأصح .

وكلامه هنا يؤذن بعدم استحضاره إياه .

الأمر الثاني : أن النووي قد ذكر هناك تفصيلاً فقال : وفي نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن وجهان :

أصحهما : المنع كالمشتري .

والثاني : الجواز لأنه قهري كالإرث .

ولو ملك بالإشهاد أو بقضاء القاضي لم ينفذ تصرفه قطعاً ، وكذا لو ملك برضى المشتري يكون الثمن عنده . هذا كلام « الروضة » إلا أنه مخالف لكلام الرافعي ، فإنه ـ أعني الرافعي ـ نقل هذا التفصيل عن الإمام خاصة ؛ ثم قال عقب حكايته له : والقياس التسوية . هذا لفظه .

---

(١) سقط من أ .

قوله : ومنها إذا استأجر صباغاً ليصبغ ثوباً وسلمه إليه ...إلى آخره .

وهذه المسألة فيها كلام يأتي ذكره إن شاء الله تعالى في آخر الفلس فراجعه .

قوله : فإذا باع بدراهم أو بدنانير في الذمة جاز الاستبدال عنها في الجديد لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما . قال : كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير فآخذ مكانها الورق (١).

وإذا باع بغير الدراهم والدنانير فجواز الاستبدال عنه ينبني على أن الثمن ما ألصق به ثاء الثمنية إن قلنا : إنه هو . فيجوز الاستبدال عنه كالنقدين وإن لم نقل بذلك فلا يجوز . انتهى كلامه .

وما ادعاه من عدم الجواز إذا لم نقل بهذا الوجه تبعه عليه في «الروضة» وهو لا يستقيم لأن لنا وجهين آخرين :

أحدهما : أن الثمن هو النقدان لا غير ، وعلى هذا فلا يجوز الاستبدال كما قال .

والثاني : أن الثمن هو النقد ، فإن لم يكن أو كان العوضان نقدين فالثمن ما اتصل به الباء .

وهذا الوجه هو الصحيح ، وحينئذ فيجوز الاستدلال ، ويكون هو الصحيح لوجود الباء أيضاً مع انتفاء النقدية فاعلمه .

والبقيع الوارد في الحديث المذكور هو بالباء الموحدة وهو بقيع الغرقد

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٤) والترمذي (١٢٤٢) والنسائي (٤٥٨٢) وابن ماجة (٢٢٦٢) وأحمد (٥٥٥٥) والدارمي (٢٥٨١) وابن حبان (٤٩٢٠) والحاكم (٢٢٨٥) والدارقطني (٣/ ٢٣) والبيهقي في « الكبرى » (١٠٨٩٣) وابن الجعد في « مسنده» (٣٣٣٨) وابن الجارود في «المنتقى » (٦٥٥) والنقاش في « فوائد العراقيين » (٨٧) .
وضعفه الألباني والترمذي ، وهو كما قالا والله أعلم .

مدفن أهل المدينة ، وكانوا يبيعون فيه الإبل لعدم كثرة الموتى فيه .

وقال ابن باطيس : الظاهر أنه بالنون ، وحكاه ابن معن قولاً ورد عليهما النووي في « تهذيبه » . والحديث رواه أبو داود .

قوله : وإن استبدل عنهما مالا يوافقهما في علة الربا كما إذا استبدل عن الدراهم طعاماً أو ثياباً نظر إن عين جاز .

وهل يشترط فيه القبض في المجلس ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم . وهو اختيار الشيخ أبي حامد ويحكى عن أبي إسحاق وجماعة من الأصحاب ، وصححه الغزالي ، وهو ظاهر نصه في «المختصر».

وأصحهما عند الإمام وصاحب « التهذيب » : أنه لا يشترط . انتهى ملخصاً .

وكلامه ظاهر في رجحان الاشتراط ، وليس كذلك ، بل الصحيح عدم الاشتراط . كذا صححه الرافعي في كتاب الصلح من هذا الكتاب ، وصححه أيضاً هنا في « المحرر » ، وهو مقتضى كلامه في « الشرح الصغير» وصححه النووي في « زياداته » .

قوله : الضرب الثالث : ما ليس بثمن ولا ثمن كالقرض والاتلاف ، فيجوز الاستبدال عنه إذا استهلكه .

أما إذا بقي في يده فلا لأنا إن قلنا : إن القرض يملك بالقبض فبذله غير مستقر في الذمة ، لأن للمقرض أن يرجع في عينه .

وإن قلنا : يملك بالتصرف فالمستقرض مسلط عليه ، وذلك يوجب ضعف الملك في القرض . انتهى كلامه .

وما نقله عن « الشامل » إذا ملكناه بالقبض صحيح وأما إذا قلنا : لا يملك

إلا بالتصرف فلا يصح نقلاً ولا معنى .

أما الأول فلأن صاحب الشامل إنما نقله عن بعضهم فقال : قال بعض أصحابنا : لا يجوز ، وأشعر إيراده بترجيح خلافه .

وأما الثاني فلأن كلام الرافعي في الاستبدال عن الدين ولا دين على المقرض إذا قلنا : لا يملك إلا بالتصرف ، فهي مسألة أخرى إلا أنها مسألة مهمة ، وقد حذفها من « الروضة » .

قوله : ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال ، ويجوز عكسه ، ويكون تعجيلاً . انتهى .

واعلم أن المسألة لها ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون لكل منهما على الآخر دين أحدهما حال والآخر مؤجل فيتبادلان .

ثانيها : أن يبادله بدين له على غيره .

ثالثها : أن يكون لأحدهما على صاحبه دين فيبادله عنه بدين آخر لم يكن ثابتاً ، بل يحدث إثباته ، وفي كل من الثلاثة كلام يخصه بالنسبة إلى الجواز ، وإلى اشتراط القبض في المجلس وغيرها ، وبعضه يعرف مما سبق ومما يأتي .

قوله : وأما بيع الدين من غير من عليه ، كما إذا كان له على إنسان مائة فاشترى من آخر عبداً بتلك المائة فقولان :

أصحهما : المنع .

فإن جوزنا فيشترط أن يقبض مشتري الدين ذلك الدين ممن عليه ، ويقبض بائع الدين العوض في المجلس حتى لو تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد . انتهى .

وما ذكره هاهنا من تصحيح المنع قد جزم به أيضاً في الكتابة في الحكم الثالث في الكلام على بيع نجوم الكتابة ، لكنه ذكر في أواخر الخلع ما حاصله الجواز فقال في أوائل المسألة الخامسة : ولو قال : قبلت الخلع بألف في ذمة فلان فينبنى على أن العقد بألف فى ذمة آخر ، هل يجوز ؟ فيه خلاف . فإن قلنا : يجوز . تحالفا ، وهذا الأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب « المهذب » وابن الصباغ وغيرهم . هذا كلامه .

ولم يذكر ترجيحاً غيره ، وهو صريح في رجحان الجواز . وقد اختلف كلام النووي أيضاً في المسألة ، فإنه قال في « الروضة » هنا من « زوائده»: الأظهر الصحة .

وصرح بتصحيحه في آخر الخلع فقال في « اختصاره » لكلام الرافعي : والأصح التحالف بناء على صحة بيع الدين . وقال في « المنهاج » هنا : الأظهر أنه لا يجوز ، ولم يتعرض لها في الكتابة .

قوله من « زياداته » : وقد حكى الرافعي بعد هذا وجهاً عند بيع الأرض المزروعة في باب الألفاظ المطلقة أنه لا يصح بيع الدار المشحونة ، وأن إمام الحرمين ادعى أنه ظاهر المذهب . انتهى كلامه .

والذي قاله النووي سهو ، فإنه الوجه المحكى هناك إنما هو صحة القبض لا في صحة البيع .

قوله : وإن كان المبيع من المنقولات لم يكف في قبض التخلية ، بل يشترط النقل والتحويل وفي قول رواه حرملة أنها تكفي .

وقيل : يكفي لنقل الضمان إلى المشتري ، ولا يكفي لجواز تصرفه .

فعلى الأول يأمر العبد بالإنتقال من موضعه ، ويسوق الدابة ويقودها . انتهى .

زاد في « الروضة » على ذلك فقال : قلت : ولا يكفي استعماله

وركوبها بلا نقل ، وكذا وطء الجارية على الصحيح ، كذا ذكره في «البيان» والله أعلم . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما اقتضاه كلامهما من عدم الاكتفاء بركوب الدابة ليس على إطلاقه ، بل صورته إذا كان بغير إذن البائع ، فإن ركب بإذنه حصل القبض. كذا جزم به الرافعي في كتاب الغصب في الكلام على ما إذا ركب دابة الغير . فتفطن لذلك ، فإنها مهمة .

الأمر الثاني : أن المبيع إذا كان خفيفاً يتناول باليد لا بد في قبضه من تناوله ، كما صرح به الفوراني والمحاملي وصاحب « التنبيه » ، وقد استدركه في « الروضة » بعد هذا .

الأمر الثالث : إن هذه المسألة التي ذكرها على أنها من زياداته ، واقتصر على نقلها عن « البيان » قد سبق ذكرها في كلام الرافعي مجزوماً بها ، ذكر ذلك في الرد بالعيب في الكلام على الاستخدام .

قوله : ولو جاء البائع بالمبيع فقال المشتري : ضعه فوضعه بين يديه حصل القبض .

وإن وضعه ولم يقل شيئاً أو قال : لا أريده . فكذا في الأصح .

ثم قال : ولو وضع المديون الدين بين يدى مستحقه ففي حصول التسليم خلاف مرتب على المبيع ، وأولى بعدم الحصول لعدم تعيين الدين فيه . انتهي.

لم يصحح شيئاً في « الروضة » ، وقد جزم في الشفعة بما يؤخذ منه ترجيح الحصول فقال : ثم لا يملك الشفيع بمجرد الأخذ ، بل تعتبر مع ذلك أمور :

الأول : أن يسلم العوض إلى المشتري فيملك به إن سلمه ، وإلا خلى

بينه وبينه ، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم ، هذا لفظه وسنعيد هذه المسألة إن شاء الله تعالى في بابها لمعنى غير ما ذكرناه .

قوله : فلو قبض جزافاً ما اشتراه مكايلة دخل [المقبوض][(١)] في ضمانه ، وأما تصرفه فيه بالبيع ونحوه ، فإن باع الكل لم يصح لأنه قد يزيد على القدر المستحق .

فإن باع ما استيقن أنه له فوجهان ، ذهب الجمهور إلى أنه لا يصح لعدم القبض المستحق بالعقد ، وعن أبي إسحاق أنه يصح . انتهى .

وما ذكره من بطلان البيع في مقدار حقه وإن قبضه فاسد ، قد ذكر عقبه ما يخالفه فقال : ولو قال الدافع : خذه فإنه كذا ، فأخذه مصدقاً له فالقبض فاسد أيضاً حتى يجري إكتيال صحيح ، فإن زاد رد الزيادة ، وإن نقص أخذ الباقي . انتهى .

ومقتضاه أنه لا يرد قدر حقه ، وهو يستلزم صحة قبضه .

واعلم أنه إذا قبض جزافاً ما إذا اشتراه مكايلة فهلك في يده ففي انفساخ العقد وجهان حكاهما الرافعي في الكلام على الجوائح ، ولم يرجح شيئاً منهما .

قوله : فلو تلف المقبوض فزعم الدافع أنه كان قدر حقه أو أكثر ، وزعم القابض أنه كان دون حقه أو قدره فالقول قول القابض .

فلو أقر بجريان الكيل لم يسمع منه خلافه . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم قبول قوله عند إقراره بجريان الكيل يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون حقه متعلقاً بالعين خاصة والذمة خلية ، كما إذا باعه الصبرة مكايلة وبين أن يكون الحق في الذمة كما إذا أسلم إليه أو اشترى منه صاعاً في ذمته ، فإن الرافعي قد ذكر ذلك جميعه في هذا الفصل ثم أتي

---

(١) في ب : القبض .

بهذا الكلام عقبه ، ولكنه قد صرح في كتاب الضمان بما يخالف ذلك إذا كان الحق في الذمة فقال : لو اختلف البائع والمشتري في نقص الصنجة الموزون بها الثمن صدق البائع بيمينه .

وذكر المسألة أيضاً في باب اختلاف المتبايعين ، وفصل فيها فقال : لو اشترى طعاماً كيلاً وقبضه بالكيل أو وزناً وقبضه بالوزن أو أسلم فيه وقبضه ثم جاء وادعى نقصاً .

فإن كان قدراً يقع مثله في الكيل والوزن قبل ، وإلا فقولان : أصحهما: عدم القبول . انتهى .

ومقتضى قوله : (كيل) أنه يرجع بالنقصان ، وإلا لم يكن للقبول فائدة.

وهو عكس ما جزم به أولاً ، ووقع هذا الاختلاف أيضاً في « الروضة» وستكون لنا عودة إلى المسألة بعد هذا بنحو ورقة .

قوله : فليس على البائع الرضى بكيل المشتري ، ولا على المشتري الرضى بكيل البائع ، بل يتفقان على كيال ، وإن لم يتراضيا نصب الحاكم أميناً يتولاه كذا ذكره في « الحاوي » . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » ، وظاهره يقتضي أن كيل المشتري معتد به ، لكنه ذكر بعد ذلك بنحو ورقة ما يخالفه فقال : ولو أذن لمستحق الحنطة أن يكتال من الصبرة حقه ففيه وجهان :

أصحهما : أنه لا يجوز لأن الكيل أحد ركني القبض وقد صار ثابتاً فيه من جهة البائع مفاصلاً لنفسه .

والثاني : يجوز لأنه المقصود منه معرفة المقدار .

قوله : وإن كان لزيد طعام على رجل سلماً ولآخر مثله على زيد فأراد زيد أن يوفي ما عليه مما له على الآخر فقال : إذهب إلى فلان واقبض

لنفسك ما لي عليه فقبضه فهو فاسد .

ثم قال ما نصه : وإذا فسد القبض فالمقبوض مضمون على الآخذ ، وهل تبرأ ذمة الدافع عن حق زيد ؟

فيه وجهان : أصحهما : نعم .

وهما مبنيان على القولين في ما إذا باع نجوم الكتابة وقبضها المشتري هل يعتق المكاتب؟ . انتهى كلامه .

والقولان المبني عليهما محلهما إذا قلنا . لا يصح بيع النجوم . كذا ذكره صاحب « الشامل » و« التتمة» وغيرهما وكلام الرافعي يوهم خلافه فاحذره .

قوله : ولو اكتال زيد وقبضه لنفسه ، ثم كاله على مشتريه وأقبضه فقد جرى الصاعان ، وصح القبضان ثم إن وقع في الكيل الثاني زيادة أو نقصان، فإن كان قدر ما يقع بين الكيلين فالزيادة لزيد والنقصان عليه ولا رجوع له . انتهى .

وما ذكره هاهنا من عدم الرجوع قد جزم بما يوافقه في باب زكاة المعشرات في الكلام على الخرص ، ثم ذكر ما يخالف الموضعين معاً في باب التخالف ، وجزم بما حاصله أنه يرجع ، وقد سبق إيضاحه قبل هذه المسألة بقليل مع كلام آخر متعلق بها .

قوله : ومؤنة نقد الثمن هل هي على البائع أم على المشتري ؟

حكي صاحب « الحاوي » فيه وجهين . انتهى .

قال في « الروضة » من « زياداته » : ينبغي أن يكون الأصح أنها على البائع ، وما ذكره النووي بحثاً هو الأصح عند صاحب « الحاوي » فقد جزم به في كتاب القصاص في مسألة أجرة الجلاد الحدود في أجوبته عن أدلة أبي حنيفة .

وجزم به أيضاً الدبيلي في « أدب القضاء » ويتجه أنه إن كان الاحتياج

إلى النفاذ لأجل ظهور حال شيء ادعى البائع رداءته ، وعلم به المشتري أيضاً فهو عليه أي على المشتري ، وإلا فعلى البائع .

قوله : ولو كان عليه طعام أو غيره من سلم أو غيره فدفع إلى المستحق دراهم وقال : اشترِ بها مثل ما تستحقه علي واقبضه لي ، ثم اقبضه لنفسك صح الشراء والقبض للموكل ، ولا يصح قبضه لنفسه لاتحاد القابض والمقبض وامتناع كونه وكيلاً لغيره في حق نفسه .

وقيل : يصح قبضه لنفسه ، وإنما الممتنع أن يقبض من نفسه لغيره .

ثم قال : ولو قال : اشترِ لنفسك فالتوكيل فاسد إذ كيف يشتري بمال الغير لنفسه ؟ وتكون الدراهم أمانة في يده لأنه لم يقبضها ليمتلكها . انتهى.

وما ذكره في أواخر كلامه من منع الشراء بمال الغير لنفسه قد ذكر في عكسه خلافه فإنه قال في باب الوكالة : لو قال لغيره اشترِ لي من مالك كذا بكذا صح شراؤه للموكل إلا في السلم فأي فرق بين أن يشتري بمال نفسه لغيره أو يشتري بمال غيره لنفسه .

وهذه المسألة قد سبق ذكرها أيضاً في البيع في الكلام على بيع الفضولي، وفصل فيها تفصيلاً آخر .

قوله : ولو طلب القسمة قبل القبض قال في « التتمة » : يجاب إليها لأنا إن جعلنا القسمة إفرازاً فظاهر ، وإن جعلناها بيعاً فإن الرضى غير معتبر فيه لأن الشريك يجبر عليه .

وإذا لم نعتبر الرضى جاز أن لا نعتبر القبض كما في الشفعة . انتهى كلامه .

والتعبير بقوله : « كما في الشفعة » قد تابعه عليه في « الروضة » أيضاً فإن أراد أنه يجوز للشفيع أن يتصرف في الشقص قبل قبضه فالصحيح المنع كما ذكره في أوائل الباب الثاني من أبواب الشفعة .

وإن أراد أن يجوز للشفيع أن يأخذ قبل قبض المشتري فهو موافق لما يقتضيه كلامه في كتاب الشفعة غير أن النووي صرح بالمسألة في « زياداته»، وحكي فيها وجهين من غير تصريح بتصحيح ، لكنه أقر صاحب « التنبيه» على المنع ، ولم ينبه عليه في تصحيحه فاقتضى ذلك أن يكون هو الصحيح عنده .

وهذا الاحتمال الثاني لعله المراد ، فإن صاحب « التنبيه » ذهب إلى أن الشفيع يمنع من التصرف في الشقص إلا بعد قبضه كما نقله عنه الرافعي في هذا الباب .

قوله : لكن لو اختلفا فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري : لا أؤدي الثمن حتى أقبض المبيع ففيه أربعة أقوال :

أحدها : يجبران معاً بأن يأمر الحاكم كل واحد منهما بإحضار ما عليه . فإذا أحضره سلم الثمن إلى البائع ، والمبيع إلى المشتري ، أو يأمرهما بالوضع عند عدل ليفعل العدل ذلك .

والثاني : لا يجبر واحد منهما ، لكن يمنعان من التخاصم فإذا سلم أحدهما ما عليه أجبر الآخر .

والثالث : يجبر المشتري .

والرابع ـ وهو الأصح ـ : أنه يجبر البائع . انتهى ملخصاً .

وما ذكره في هذه المسألة يستثنى منه مسائل منها إذا كان البائع وكيلاً فإنه لا يجبر على التسليم ، بل لا يجوز له ذلك حتى يقبض الثمن كما ذكروه في بابه .

ومنها : عامل القراض حكمه حكم الوكيل .

ومنها: إذا باع الحاكم أموال المفلس . قال الرافعي : فعن أبي الحسين أنه يجب البداءة بتسليم الثمن بلا خلاف . وعن أبي إسحاق أنه يجيء هاهنا قولان :

أحدهما : إجبار المشتري .

والثاني : إجبارهما .

ولا يجيء قول الابتداء بالبائع لأن من يصرف لغيره فلا بد أن يحتاط، ولا قول الإعراض عنهما لأن الحال لا يحتمل التأخير .

قوله : وهذا كله فيما إذا كان الثمن في الذمة ، فإن كان معيناً سقط القول الثالث ، وإن تبايعا عرضاً بعرض سقط القول الرابع أيضاً ، وبقي القولان .

أحدهما : يجبران .

والثاني : لا يجبران .

ويشبه أن يكون الأول أظهر . انتهى كلامه .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ من سقوط القول الثالث فقط وإبقاء الرابع وهو إجبار البائع في ما إذا كان الثمن معينًا ولم يكن عوضًا مناقض لما ذكره في «الشرح الصغير» وللمذكور هنا أيضًا فيما إذا كان عرضين ، ومخالف لكلام الأصحاب .

فأما « الشرح الصغير » فإنه سَوَّى بين العرضين وبين غيرهما في سقوط القولين فقال : فإن كان معينًا فيخاف هلاكه ، ويتعين كالمبيع فلا يجيء فيه القول الأول والثاني ،وكذا لو تبايعا عرضًا بعرض فيبقى فيهما قولان :

أحدهما : **يجبران** .

والأخر : لا يجبران ، هذا كلامه .

وأما مخالفته لكلام الأصحاب ، فإن المحاملي ، والإمام والبغوي وغيرهم كما قاله في « الكفاية » قالوا: إن القولين يسقطان حيث كان الثمن معينًا .

وأما مخالفته للمذكور هنا ، فإنه قد ذكر في العوضين سقوط الرابع أيضًا ، وهو إجبار البائع مع اشتراكهما في التعيين ، فإن فرق بأن الأول فيه ثمن وهو النقد ، قلنا : الأصح عنده أن الثمن لا يختص به ، بل بما دخلت عليه الباء يكون ثمنًا أيضًا .

ولهذا قال ابن الرفعة : إنه لاوجه لما قاله الرافعي .

وتابعه في « الروضة » على هذا الكلام ، ثم تفطن في « المنهاج » فذكره على الصواب .

قوله : التفريع إن قلنا : يجبر البائع على التسليم أولا ، أو قلنا : لا يجبر، ولكنه تبرع وابتدأ بالتسليم والمشتري قد يكون موسرًا ، وقد يكون معسرًا .. إلى آخره .

لقائل أن يقول : قد تقدم أن محل الأقوال في الإجبار إنما هو عند عدم خوف الفوات .

وإذا كان معسرًا لم يحصل بهذا الشرط ، فلا يستقيم أن يكون ذلك قسمًا من أقسام محل الخلاف .

وجوابه : أن هذه المسألة مفروضة فيما إذا ظن البائع وظننا أيضًا يساره فأخلق ، أو طرأ الإعسار ونحو ذلك .

قوله في المسألة : فإن كان ماله في البلد حجر عليه إلى أن يسلم الثمن ، ثم قال : وحكى صاحب « الكتاب » هاهنا وفي « الوسيط» وجهاً : أنه لا يحجر عليه ، ويمهل إلى أن يأتي بالثمن ، ولم أرَ لغيره نقل هذا الوجه على هذا الإطلاق . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على إنكار ذلك ، وقد [رده][1] ابن الرفعة في

---

(١) في أ : أورده .

الكفاية» فقال : إن الغزالي لم يطلقه ، بل حكاه فيما إذا كان المشترى عينًا، بعد أن حكى أنه إذا تحقق إفلاسه ، ولم يكن معه سوى المبيع ، أو كان وزادت الديون عليه فللبائع الرجوع .

فتعين أن مراده بالمعنى : من يساوى ماله ديونه أو زاد عليها، وإذا كان كذلك فهذا الوجه منقول في « النهاية » عن رواية الشيخ أبي محمد ، وبه جزم القاضي الحسين في « التعليق » .

قوله : وإن كان غائبًا على مسافة القصر، فلا يكلف البائع الصبر إلى إحضاره ، بل يفسخ .

ثم قال: وحكى الإمام عن ابن سريج : أنه لا يفسخ ، ولكن يرد المبيع يرد إلي البائع ، و يحجر على [المشتري] [1] ، ولا يحجر] [2] عليه ، أو يرد المبيع إلى البائع إلى أن يتوفر عليه المشتري ويمهل إلى الإحضار ، وادعى في «الوسيط» أنه الصحيح . انتهى .

وما نقله عن الإمام من أن ابن سريج قد قال في هذه الحالة : إن المبيع يرد إلى البائع ، ويحجر على المشتري ، قد تبعه عليه أيضًا في « الروضة» ، وهو غلط ، فإن في « النهاية » عن ابن سريج ، أنه لا حجر وأما رد المبيع فنقله عنه كما ذكره الرافعي ، وهو إثباته وقد وقع في «الكفاية» لابن الرفعة هنا غلطان فاحشان نبهت علهيما في « الهداية » فتفطن لذلك .

قوله : الحالة الثانية : أن يكون معسرًا فهو مفلس ، فالبائع أحق بمتاعه . انتهى .

وهذا الكلام جميعه يدل على أن الرجوع إلى العين بالإفلاس لا يتوقف على حكم الحاكم ، وليس كذلك فاعلمه ، فقد قال الرافعي في أول كتاب

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من جـ .

الفلس: الذي يدل عليه كلام الأصحاب هاهنا تعريضًا وتصريحًا افتقار الرجوع إلى توسط الحجر .

ثم قال : وقد حكينا في الكلام على البداءة بالتسليم ما يشعر بخلافه ، وأشار إلى ما ذكرناه أولاً فاعلمه ، وكلام الرافعي يقتضي أنه لم يظفر بخلاف في المسألة مع أن المسألة فيها وجهان شهيران ، ممن حكاهما صاحب «المهذب» .

نعم في افتقار الرجوع بعد الحجر إلى إذن الحاكم وجهان شهيران أيضًا .

قال الرافعي في الكلام على الرجوع ، أشبههما : أنه لا يفتقر .

قوله : فإن كان في ما دون مسافة القصر ، فهل هو كالذي في البلد أو كالذي على مسافة القصر؟ فيه وجهان . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا ، والصحيح هو الأول ، كذا جزم به في « المحرر » ، وصححه في « الروضة » من « زياداته » .

قوله : ولولم يتفق التسليم حتى [حل][1] الأجل فلا حبس أيضًا . انتهى.

وما جزم به من عدم الحبس هنا قد تابعه عليه في « الروضة » ، ثم حكى أعني الرافعي - في كتاب الصداق في حبس المرأة نفسها بذلك وجهين، وصحح الحبس ونقله عن الأكثرين ، وأعادها في النفقات فحكى فيها وجهين من غير تصحيح ، ثم إنه صحح في الصداق من « الشرح الصغير» : جواز الحبس فقال : وإن حل الأجل قبل [أن تسلم نفسها فأظهر الوجهين : أن لها الحبس لاستحقاقها المطالبة بعد][2] الحلول كما في الابتداء. هذا لفظه والصواب جواز الحبس كما رجحه في الصداق ، فقد

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

نص عليه الشافعي في مسألة البيع كما نقله القاضي أبو الطيب في كتاب الصداق عن حكاية المزني في المنثور ، ونسب خلافه إلى الخطأ بسبب ذلك ، ونقله أيضاً ابن الرفعة في « الكفاية » هناك ، ومن نظائر المسألة حلول الأجل قبل إفلاس المشتري ، وسنذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى .

قوله : ولو تبرع بالتسليم لم يكن له رده إلى حبسه [وكذا لو أعاره للمشتري على أصح الوجهين] (١) . انتهى .

لقائل أن يقول : ما صورة مسألة إعارة البائع للمشتري ؟ فإنه لا جائز أن يكون في زمن الخيار ، فإن البائع لا يجب عليه إذ ذاك التسليم ، ولو تبرع وسلم كان له الرد كما سبق ، ولا جائز أن يكون بعد لزوم البيع لخروج المبيع عن ملك البائع وانتقاله إلى المشتري ، وحينئذ فلا إعارة .

والجواب : أنه يتصور بما إذا أجر عيناً وباعها لغيره ، ثم استأجرها من المستأجر وأعارها للمشتري قبل القبض .

ويتصور أيضاً بما إذا باعه نصف عبد ، ثم أعاره النصف الذي على ملكه قبل قبض المشتري لما اشتراه هذا إذا أريد مطلق الإعارة كما يدل عليه [اطلاق] (٢) كلامه .

فإن أراد إعارة المبيع فلا تأتي هذه الصورة ، وقد يتصور بما إذا أعاره، ثم باعه .

ويقال : إن هذه الاعارة مانعة لحق الحبس ، وبما إذا أعاره في زمن الخيار ثم انقضى الخيار وفيهما نظر .

قوله : فينبغي أن يكون تسليم النصف على الخلاف فيما إذا أخذ البائع بعض الثمن ، هل عليه تسليم قطعة من المبيع ؟ فيه وجهان ذكرناهما في

(١) سقط من أ ، جـ .
(٢) سقط من جـ .

باب التفريق . انتهى .

وكلامـه هاهنا يقتضي أن هذا الخـلاف ثابت فيما يـقبل القسمـة وما لا يقبلها ،لا سيما وقد تقدم التمثيل بالعبد ،مع أن الذي قدمه هناك أنه خاص بما يقبل القسمة ذكر ذلك قبيل الكلام على الخيار .

نعم أطلق الماوردي حكاية الوجهين عن ابن سريح من غير تفصيل .

قال ـ رحمه الله ـ :

النظر الرابع من كتاب البيع

في موجب الألفاظ المطلقة

قوله : وإن لم يصرح بالمناصفة ، بل أطلق الاشتراك ، فقيل : يبطل ، وهو ما أورده في [« التهذيب »] (١) .

وقيل : يصح ويحمل على المناصفة ، وهو ما أورده في «التتمة» ، وصححه الغزالي . انتهى ملخصا .

لم يصرح بتصحيح في « الشرح الصغير » أيضاً ، والراجح هو الثاني ، كذا جزم به في « المحرر » ، وصححه في « الروضة » من « زياداته » .

قوله : يكره أن يواطئ صاحبه فيبيعه بما اشتراه ثم يشتريه منه بأكثر ، ليخبر به في المرابحة ، فإن فعل قال ابن الصباغ : ثبت للمشتري الخيار .

وخالفه غيره أيضاً . انتهى .

قال في « الروضة » من « زياداته » : قول ابن الصباغ أقوى .

قوله : ولو اشترى شيئا بعرض وباعه مرابحة بلفظ الشراء أو بلفظ القيام، ذكر أنه اشتراه بعرض قيمته كذا ، ولا يقتصر على ذكر القيمة ، لأن البائع بالعرض يسدد فوق ما يسدد البائع بالنقد . انتهى كلامه بحروفه .

تابعه عليه في « الروضة » وهو غلط ، فإنه يقتضي أنه إذا باعه بلفظ القيام ، يذكر أنه اشتراه بعرض قيمته كذا ، وهو معلوم الفساد ، فإنه يقع بلفظ الشراء لا بلفظ القيام .

ويقتضي أيضاً أنه إذا باع بلفظ القيام لا يقتصر على ذكر القيمة ، وليس كذلك ، فقد قال في آخر الباب: وإذا أجر داراً بعبد، أو نكحت على عبد، أو خالع زوجته عليه ، أو صالح عن النفقة عليه، لم يجز بيع العبد مرابحة

---

(١) في جـ : «المهذب» .

بلفظ الشراء ، ويجوز بلفظ قام علي ، ويذكر في الإجارة أجرة مثل الدار ، وفي النكاح والخلع مهر المثل ، وفي الصلح عن الدم الدية . انتهى .

وقد جزم في هذه الأمور بذكر قيمتها دون ذكرها، وهو نظير البيع .

وقد ذكر صاحب « التتمة » المسألة بعبارة يظهر منها أنه سقط من كلام الرافعي شيء ، فإنه قال : الثانية : إذا اشترى بعرض من العروض، فإن ذكر لفظ القيام وأخبر بقدر قيمة العرض جاز ، وإن ذكر عبارة الشراء أو عبارة رأس المال لا يجوز اللهم إلا أن يقول : اشتريته بعرض قيمته كذا ،أو رأس مالي فيه عرض قيمته كذا ، وبعتك مرابحة ، فإن فعل كان كناية لأن في عادة التجار يقع التفاوت بين شراء الشيء بالنقد وبين شرائه بالعرض فيشتري بالنقد بأقل مما يشتري به بالعرض [هذا كلامه . فظهر بذلك أن الرافعي نقل المسألة من هذا الكتاب على عادته فسقط بعضها ، وذكر في «التهذيب» نحوه أيضاً فقال : ولو اشتري شيئاً بعرض فباعه مرابحة بلفظ الشراء يقول اشتريته بعرض][١] قيمته كذا .

فإن قال بلفظ قام سمي فيه العرض ، قال القاضي ـ رحمه الله ـ : ويجب [أن يخبر إن اشتراه بالعرض ، لأن العادة التشديد إذا اشتراه بالعرض . انتهى كلامه ، وحاصله أنه يكتفي بذكر قيمة] [٢] العرض ،وما نقله عن القاضي بعد ذلك فيحتمل أن يكون حكاية لمقالة ضعيفة على خلاف ما قدمه، ويحتمل أن يكون تعليلاً للمسألة [الأولى ، لكن بإعادة صورة المسألة، وقد راجعت كلام القاضي المشار إليه] [٣] وهو القاضي الحسين في تعليقه ، فوجدته محتملاً لذلك ، فإنه قال : وإذا اشترى [بعرض] [٤] قال ـ رضي الله عنه ـ : يجب أن يخبر به ويقول : اشتريته بعرض ، وقيمة

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من جـ .

العرض ، كذا لأن العادة فيما بين التجار أنهم يشددون في ما يبيعون بالعروض ويسامحون في ما يبيعون بالنقود ، هذا كلامه .

ولا صراحة فيه ، وقد ذكر بعد هذا بدون صفحة ما حاصله :أنه لا يجب فقال ما نصه : ففي الصداق أن تقول المرأة : قام عليّ بكذا ، وهو [مهر مثلها ، كما لو اشترى ثوباً بثوب يقول قام عليّ بكذا وهو][(١)] قيمة الثوب الذي اشتراه به ، كذا هاهنا ، وفي الإجارة أجرة المثل ، وفي الصلح عن دم العمد دية المقتول ، هذا لفظه .

وقد جزم به ابن الرفعة في « الكفاية » بجواز ذكر القيمة من غير شرائه بالعرض ، ولم يعرج على ما قاله الرافعي ، ولا أثبته وجهاً بالكلية ذهولاً عما وقع في الرافعي وعن سره .

قوله : ولو اشترى عبدين أو ثوبين وأراد بيع أحدهما مرابحة فسبيله أن يعرف قيمة كل واحد منهما يوم الشراء ويوزع الثمن على قدر القيمتين ، ثم يبيعه بحصته من الثمن . انتهى كلامه .

واعلم أنه إذا باع في هذه الحالة لا يقول : اشتريته بكذا ، إلا أن يبين حقيقة الحال ، هكذا ذكره صاحب « التتمة » ، ونقله عنه أيضاً ابن يونس شارح « التنبيه » ، وليس في كلام الرافعي ، ولا كلام « الروضة » بيان ذلك ، بل فيهما ما يوهم خلافه .

قوله : إذا قال : اشتريته بمائة فباعه مرابحة ، ثم بان أنه اشتراه بتسعين فقولان :

أصحهما : أنا نحكم بانحطاط الزيادة وحصتها من الربح .

والثاني : لا حط ، بل يثبت الخيار .

(١) سقط من أ .

ثم قال : وجميع ما ذكرناه في ما إذا كان المـبيع باقياً ، فأما إذا ظهر الحال بعد هلاك المبـيع ، فإن القاضي المـاوردي ذكر أنه يحط الزيادة وربحهـا قولاً واحداً ؛ والظاهر جريان القولين . انتهى كلامه .

وهذا الذي نقله عن الماوردي فقط قد صرح به أيضاً الشيخ في «المهذب» والشاش في « الحلية » ونقلاه عن الأصحاب .

وكلام الرافـعي يقتـضي أن ما ذكـره من إطلاق القولين لم يـأخذه من تصريح ، بل من تعميم ، وهذه النقول تدفع ما قاله .

قوله : وقول الغزالي في « الوجـيز » : فإن كذب في ذكر شيء من ذلك ففي استحقاق [حط] [1] قدر التفاوت قولان يقتضي اثبات الخلاف فيما إذا أخبر عن سلامة المبيع وكان معيـباً ، أو عن حلول الثمن وكان مؤجلاً كما لو أخبر عن القدر كاذباً ، وقد صرح في « الوسيط » بذلك فيما إذا لم يخبر عن العـيب فضـلاً عن أن يخـبر عن السـلامـة كاذبا ، لكن لـم أر لغيـر المصنف تعـرضاً لذلك ، فـإن ثبت الخـلاف فالسـبيل على قـول الحط النظر للقـيمـة ويقسط الثمن عليها . انتهى كلامه .

وما قاله الرافعي غريب جداً ، فـإن الذي قاله الغزالي قد جزم به الإمام في « النهاية » .

ولما اختصـر النووي ما نقله الرافعي عن الغزالي لم يذكـر فيه الأجل ، وجزم بثبوت الخيار فيه .

قوله : ولو أخبر بأن رأس المال مائة وباعـه مرابحة ، ثم قال : غلطت إنما هو مائة وعشرة وصدقه المشتري ، فقيل : يصح البيع ، وبه أجاب الغزالي في « الوجيز » والمارودي .

وقيل : يبطل ، وصححه الإمام وصاحب « التهذيب » . انتهى ملخصاً.

لم يصرح بتصحيح في « الشرح الصغير » أيضاً ، وصحح في «المحرر»

---

(١) سقط من جـ .

البطلان وعبر بالأصح .

وصحح النووي في زياداته من « المنهاج » و«الروضة»: أنه يصح، قال: وبه قطع المحاملي والجرجاني وصاحب « المهذب » والشاشي وخلائق .

قوله : وإن كذبه ولم يبين لغلطه وجهاً محتملاً فلا يقبل قوله ، وإن أقام عليه بنية فلا تسمع ، فلأن اعترافه بأن الثمن مائة يكذب قوله الثاني ويبينه . انتهى .

وما ذكره هاهنا قد تبعه عليه أيضاً النووي ، وقد ذكر الرافعي في أواخر كتاب الدعاوي قبيل باب دعوى النسب مما جمع من « فتاوي القفال » وغيره مسألة في دعوى الوقفية فيما باعه قريبة من هذه المسألة ، وسأذكرها في ذلك الموضع إن شاء الله تعالى فراجعها .

قوله : فإن زعم أن المشتري عالم بصدقه ، وطلب تحليفه أنه لا يعلم فهل له ذلك ؟ فيه وجهان :

فإن قلنا : يحلفه فنكل ، ففي رد الثمن على المدعي وجهان مبنيان على أنها كالإقرار أو كالبينة ؟ فعلى الأول : يرد ، وعلى الثاني : لا . انتهى ملخصاً.

والأصح في المسألة الأولى أن له تحليفه ، كذا صححه الرافعي في «المحرر» وعبر بالأظهر ، ونقله في باب الرهن والإقرار من « الكبير » على ظاهر النص ولكن في نظير المسألة ، وصححه أيضاً النووي في «الزيادات» .

وأما المسألة الثانية فمقتضى كلام الرافعي فيها تصحيح الرد ، لأن اليمين المردودة كالإقرار على الصحيح ، وحذف النووي هذه الزيادة التي يؤخذ منها تصحيح الرد ، ثم صححه بعد ذلك من « زياداته » .

قوله : ولم يذكروا خلافاً فيما إذا قال : بعت بما اشتريت ، ونظائره .

وذكروا فيما إذا قال : أوصيت له بنصيب ابني وجهاً أنه لا يصح .

ولا فرق بين البابين ، فكأنهم اقتصروا هنا على الأصح . انتهى ملخصاً .

ولقائل أن يقول : الفرق بينهما أن التـقدير هنا ظاهر لعدم قدرة المشتري على عين ما اشتـرى به ، ولعدم العرض فيـه بخصوصه بخـلاف الوصية ، فإنه مـستولٍ على جمـيع المال ، ولأنه قد يتوهـم قدرته على الحـرمان لكون المال ملكاً له فيقصده ، وهذا الفرق أشار إليه النووي .

قال ـ رحمه الله ـ : [الأول] (١) لفظ الأرض .

قوله : وإن كان في الأرض جَـزَر أو فجل أو سلق أو ثوم ، لم يدخل في بيع الأرض كالحنطة والشعير . انتهى .

تابعه في « الروضة » على عد السلق من هذا القسم وهو سهو ، بل يكون للمشتري فإنه يحصد مرة بعد مرة .

قوله : وما يجز مراراً كالقضب والقت والطرخون إلى آخره .

أما القت فبالقاف والتاء المثناة .

والقضب بالقاف والضاد المعجمة وهو القت أيضاً ، ويسمى القرط والرطنة .

وأما الطرخون فبالخاء والنون ، وهو نبت معروف ، والجزر بكسر الجيم .

قوله : أما إذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو المشتري ، ففي «التهذيب» : أنه يُترك إلى أوان الحصاد لأن له غاية بخلاف الغراس ، ومنهم من سوى بينه وبين الغراس . انتهى .

والأصح قول صحاب « التهذيب » ، كذا ذكره في « الروضة » من «زياداته» .

قوله في أصل « الروضة » : فرع :

هل له الأجرة في مدة بقاء الزرع ؟ قطع الجمهور بأن لا أجرة ، وقيل : وجهان : الأصح : لا أجرة ...إلى آخره .

فيه أمران :

أحدهما : أنه قد جزم في « المنهاج » بطريقة الوجهين ، فإنه عبر بلفظ الأصح .

---

(١) سقط من أ .

الثاني : أن محل هذا الخلاف إنما هو فيما إذا جهل المشتري وجود الزرع وأجاز ، فإن كان عالماً فلا أجرة ، هذا مقتضى كلام الرافعي إقتضاء كالصريح ، فإنه ذكر المسألة في أثناء الكلام على الحجارة ، وبه صرح الإمام أيضاً .

قوله : تكلم إمام الحرمين في أن الأصحاب لم يوجبوا على هادم الجدار إعادته ، بل أوجبوا أرشه ، وأجاب عنه بأن طم الحفر لا يكاد يتفاوت ، وهيئات الأبنية تختلف وتتفاوت ، فشبه ذلك بذات الأمثال وهذا بذوات القيم ، حتى لو رفع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار ، وأمكن الرد من غير اختلاف في الهيئة كان ذلك كطم الحفرة . انتهى .

هذا الكلام يقتضي أن هذا الجواب للإمام ، وليس كذلك ، بل هو للقاضي الحسين ذكره قبيل باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار .

نعم ، وجدت وضع اللبنة واللبنتين من كلام الإمام .

قوله : وفي وجوب إعادة الجدار خلاف نذكره في الصلح إن شاء الله تعالى . انتهى .

[وما ذكره من ثبوت خلاف في إعادته ، وأنه مذكور في الصلح غلط ، ولا خلاف في عدم الوجوب وستعرف ذلك إن شاء الله تعالى] (١).

اللفظ الثاني : البستان

قوله : وفي العريش الذي يوضع عليه القضبان تردد للشيخ أبي محمد ، والظاهر عند الإمام : دخوله . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً ، والراجح هو الدخول كما رجحه الإمام ، كذا رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : إنه أظهر الوجهين ، والغزالي وابن الرفعة في « الكفاية » فقالا : إنه الأصح ، ولم يتعرض للمسألة في « المحرر » .

---

(١) سقط من أ .

قوله من « زياداته » : قال الغزالي وغيره : إذا قال : بعتك الدسكرة فهو كما إذا قال : بعتك العربة . انتهى .

الدسكرة بفتح الدال وسكون السين المهملتين ، ثم كاف وراء مفتوحتين أيضاً : هو قصر حوله بيوت وهو أيضاً عربي .

اللفظ الثالث : الدار

قوله : إلا أنه لا يجوز بيع ما فيه معدن الذهب بالذهب من جهة الربا ، وفي بيعه بالفضة قولا الجمع في الصفقة الواحدة بين البيع والصرف . انتهى كلامه .

وهذه المسألة فيها كلام سبق ذكره في الربا . فليراجع .

قوله : وفي دخول حجر الرحى ثلاثة أوجه :

أصحها : يدخلان .

وثانيها : يدخل التحتاني دون الفوقاني .

ثم قال : وأشار الإمام إلى القطع بدخول الحجرين في بيع الطاحونة ، وبدخول الإجانات المثبتة إذا باع باسم المدبغة والمصبغة ، وأن الخلاف في دخولها تحت بيع الدار .

ثم قال : وفي « التتمة » ما يقتضي التسوية بين اسم الدار والمدبغة . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على القطع بدخول الحجرين معاً عند الإمام ، وليس كذلك ، بل الذي أشار الإمام إلى القطع به إنما هو التحتاني فقط . وصرح بالخلاف في الفوقاني .

اللفظ الرابع : العبد

قوله : وإذا باع عبداً ففي دخول ثيابه ثلاثة أوجه :

ثالثها : يدخل ساتر العورة دون غيره ، ورجح صاحب « التهذيب » وغيره : أنها لا تدخل مطلقاً . انتهى ملخصاً .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، ومقتضاه رجحان عدم الدخول، لكن رجح في « المحرر » دخولها فقال ما نصه : والأشبه دخول الثياب في بيع العبد . هذا لفظه .

واستدرك عليه في « المنهاج » فصحح عدم الدخول ، كما هو مقتضى كلام الشرحين ، وصرح بتصحيحه في أصل « الروضة » .

قوله في أصل « الروضة » : ولا يدخل عذار الدابة في بيعها على الأصح كالسرج .انتهى .

وهذا الكلام يقتضي أن الرافعي حكى فيه خلافاً ، وليس كذلك ، فإن الرافعي لما تكلم عن ثياب العبد قال : لكن صاحب « التهذيب » وغيره رجحوا الوجه الصائر إلى أن شيئاً منها لا يدخل في البيع ، وكذا قالوا في عذار الدابة . هذا كلامه .

وليس فيه ما يقتضي إثبات خلاف ، ولم أره أيضاً إلا أن الغزالي في «الوسيط» أشار إلى ذلك بحثاً فقال : ولعل العذار من الفرس كساتر العورة من العبد ، ولم ينقل الرافعي هذا الكلام .

اللفظ الخامس : الشجر

قوله : شجرة الفرصاد .

هو بكسر الفاء وبالصاد المهملة ، وهو التوت الأحمر . كذا قاله الجوهري .

قوله : وهل يدخل الغرس في البيع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، لأنه يستحق منفعته لا إلى غاية ، وذلك لا يكون إلا على سبيل الملك .

وأصحهما : لا .

وقد يستحق على المالك المنفعة لا إلى غاية كما لو أعار جداره ليضع غيره الجذع عليه . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً وفيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في إعارة الجدار من كون المستعير يستحق المنفعة إنما هو اختيار صاحب « التنبيه » وجماعة ، لكن الصحيح ما ذكره هو والنووي في كتاب الصلح : جواز الرجوع ، ولم يذكر في « الروضة » هذا التعليل فسلم من الاختلاف .

الأمر الثاني : لقائل أن يقول : هل محل الخلاف فيما سامت الشجرة من الأرض دون ما تمتد إليه أغصانها ، أم الخلاف في الجميع ؟

فإن كان الثاني فيلزم أن يتجدد للمشتري في كل وقت ملك لم يكن .

قوله : الثانية : لو باع شجرة يابسة ثابتة فعلى المشتري تفريغ الأرض عنها للعادة .

قال في « التتمة » : فلو شرط إبقاءها فسد البيع ، كما لو اشترى الثمرة بعد التأبير وشرط عدم القطع عند الجذاذ . انتهى كلامه .

وتعبيره بقوله : (بعد التأبير) [وقع أيضاً في « الروضة » غير أنه عبر بقوله : مؤبرة . وأتى بهذا القيد لأجل تصحيح] [1] العقد .

وهذا التعبير فاسد ، بل صوابه بعد بدو الصلاح ، فإن التأبير ليس مقتضياً لتصحيح العقد عند الإطلاق ، بل المقتضى له إنما هو الجذاذ ، كما

---

(١) في جـ : ليس مقتضيًا لتصحيح .

سنذكره بعـد ذلك ، حتى لو اشتراها بـعد التأبير وقـبل بدو الصلاح بدون شرط القطع ، لم يصح العقد .

قوله : الثالث : قال في « التهذيب » : نشقق بعض الجوزق من الكرسف كـتشـقق الكل ، ومـا تشقق من الورد يبـقي للبـائع ، ومـا لم يتشـقق يكون للمـشتـري ، وإن كانا على شـجـرة واحدة ، ولا يبـيع البعض دون البـعض بخلاف ثمر النخل لأن المشقق لا يقطع بل يترك إلى إدراك الكل ، وما تشقق من الورد يجني ولا يترك إلى تشقق الباقي .

وذكر أيضاً أن التين والعنب إن ظهر بعـضه دون بعض ، فما ظهر يكون للبائع ، وما لم يظهر يكون للمشتري ، وهذه الصورة الأخيرة محل التوقف. انتهى كلامه .

وما نقله عن البغـوي في الورد وارتضاه [واقتضى كلامـه عدم التوقف فيـه أيضاً تابعـه أيضاً في « الروضـة » عليه ، وقـد خالفـه فيه الشـيخ أبو إسحاق فجزم في « التنبيه » بأن الجميع للبائع .

وارتضـاه] [١] النووي فلم يستدركه عليه في تصـحيحه ، والعجب من إهماله لا سيما من النووي .

وما نقله عن البغـوي أيضاً آخراً في التين والعنب وتوقف فيـه قد صرح به أيضاً الشيـخ في « المهذب » ، وصرح به أيضاً المتولـي والروياني فقالا : إنه لا خلاف فيه لكنهما إنما تكلما في التين خاصة .

[ولـم يتعرض في « المحرر» و« الشرح الصغير » للبعض إلا بالنسبة إلى ثمر النخل خاصة] [٢] .

قوله : إحداهما : لو تعذر السقى لانقطاع الماء وعظم ضرر النخل بإبقاء [الثمار ففيه قولان منقولان عن « الأم »] [٣].

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ.

(٣) في جـ : الإمام .

قال أبو القاسم الكرخي : أصحهما : أنه ليس له الإبقاء دفعاً للضرر عن المشتري . انتهى كلامه .

والصحيح ما قاله الكرخي ، كذا صححه أيضاً الروياني في « البحر »، وابن أبي عصرون ، والنووي في أصل « الروضة » .

قوله : وإذا باع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ، وكان السقي يضر بالثمار وينفع الأشجار ، فأراد المشتري أن يسقي [ونازعه البائع فوجهان قال ابن أبي هريرة: للمشتري أن يسقي] [1] ولا يبالي بضرر البائع ، لأنه قد رضي به حين أقدم على العقد .

وقال أبو إسحاق : يفسخ العقد ، وهو الأظهر، وإن أضر بالأشجار وينفع الثمار فأراد البائع السقي جرى الوجهان ، فعند ابن أبي هريرة : للبائع السقي، وقول أبي إسحاق لا يختلف .

ثم قال ما نصه : وحكى الإمام وصاحب الكتاب في الصورتين ثلاثة أوجه :

أحدها : يجاب المشتري لأنه التزم سلامة الأشجار للبائع .

وثانيها : أنه يجاب البائع لاستحقاقه إبقاء الثمار .

والثالث : يتساويان .

وترجيح الوجه الأول مما لم نره إلا لصاحب الكتاب . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما قاله في تعليل الوجه الأول غلط انعكس عليه ، والصواب أن يقول : لأن البائع قد التزم سلامة الأشجار له .

وقد ذكره في « الشرح الصغير » على الصواب ، وذكره في «الروضة» بدون تعليل على عادته فاتفق أن سلم من الاعتراض .

---

(١) سقط من أ .

الأمر الثـاني : أن هذا الترجيح الذي ذكره الغزالي وأنكره عليه قد سبقه إليـه الفوراني في « الإبانة » فـجزم به ، وكـذلك الأرغيـاني في « فتـاوى النهاية» ، ولم يـتعرض في « الشـرح الصغيـر » و« الروضة » لاختـصاص الغزالي بهذا الترجيح فسلما من الاعتراض .

قوله : الثالثة : لولم يسق البائع وتضرر المشتري ببقاء الثمار لامتصاصها رطوبة الشجر ، أجبر على السقى أو القطع .

فإن تعذر السقي لانقطاع الماء ففيه القولان السابقان . انتهى .

ومحل هذين القولين كمـا نقله في « الروضة » من «زياداته » عن الإمام وصاحب « التـهذيب » في ما إذا كـان للبائع نفع في ترك الثمـرة ، فإن لم يكن وجب القطع بلا خلاف .

اللفظ السادس

بيع الثمار

قولـه : ولا يجوز بيع الثـمار قـبل بدو الصلاح إلا بشـرط القطع... إلى آخره.

ثم قال : أما الجواز بشرط القطع فمجمع عليه . انتهى .

والمسألة ليست إجماعية ، فقد حكى ابن حزم في « المحلى » عن سفيان الثـوري ابن أبي ليلى: أنه لا يصح مع هذا الشـرط [أيضا ، ونقله الشـيخ تقي الدين في « شرح العمدة » .

ومحل المنع بـدون هذا الشرط] [1] كما قـاله في « الروضة » : ما إذا كانت الشجرة ثابتـة ، فإن كانت مقطوعة صح بيعهـا مطلقًا ، لأن الثمرة لا تبقى عليها فتصير كشرط القطع .

قوله : ولو باع الثمرة قبل بدو الصلاح من مالك الأشجار بأن يبيع إنسانًا

---

(١) سقط من ب .

«شجرة» فتبقى الثمرة له، ثم يبيعه الثمرة أو يوصي بالثمرة لإنسان ، ثم يبيع الموصي له الثمرة من الوارث ، ففي اشتراط القطع وجهان : أصحهما عند الجمهور : يشترط لكن لا يلزمه الوفاء به . انتهى .

تابعه النووي في « الروضة » هنا على تصحيح وجوب الاشتراط ، ثم صحح عكسه في كتاب المساقاة ، فقال في الباب الثاني منه قبيل الفصل المعقود لموت المالك : أن الأصح أنه لا [يجب اشتراط] [1] القطع ، وما صححه في هذا الباب هو الذي صححه في باقي كتبه ، وهو المعروف أيضًا، فلتكن الفتوى عليه ولم يصحح الرافعي هناك شيئًا .

واعلم أنه يتصور أيضًا كون الشجرة للمشتري والثمرة للبائع أن يهبها له أو يبيعها بشرط القطع ، ثم يريد شراءها منه .

قوله : ولو كانت الثمرة غير مؤبرة فاستثناها لنفسه ، لم يجب شرط القطع في أصح الوجهين ، زاد على هذا في « الروضة » فقال ما نصه : قلت: قال الإمام : إذا قلنا : يجب شرط القطع فأطلق فظاهر كلام الأصحاب أن الاستثناء باطل والثمرة للمشتري ، قال : وهذا مشكل فإن صرف الثمرة إليه مع التصريح باستثنائها محال .

قال : فالوجه عند الاستثناء المطلق شرطًا فاسدًا مفسدًا للعقد في الأشجار كاستثناء الحمل . انتهى كلامه.

واعلم أن مذهب الشافعي في هذه المسألة هو ما رآه الإمام بحثًا ، وهو بطلان المبيع فاعلمه كذا نقله القاضي الحسين في « فتاويه » وعبر بقوله: المنصوص أن البيع باطل ، هذا لفظه .

وهو جلى مقيس ماشٍ على القواعد فيجب الأخذ به .

قوله : الحالة [الثانية] [2] : أن تباع الثمار مع الأشجار فيجوز من غير

---

(١) في جـ : يشترط .

(٢) في جـ : الثالثة .

شرط القطع ، لما روي أنه ﷺ قال : « من باع [نخلاً] (١) بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» (٢).

ثم قال : والمعنى فيه : أن الثمرة [هبتها] (٣) تبع الأصل ، والأصل غير متعرض للعاهة وقد يحتمل في الشيء إذا كان تابعًا ما لا يحتمل فيه إذا أفرد بالتصرف كالحمل في البطن ، واللبن في الضرع . انتهى كلامه .

وهذا القياس باطل لأنه إن كان مراده ما إذا باع الحيوان وسكت عن حمله أو عن لبنه ، فإن بيعه صحيح ، غير أنه ليس نظير مسألتنا فإن كلامنا فيما إذا باع النخيل والثمار .

ولو باع النخيل وسكت عن الثمار لم يدخل ، وإن كان مراده ما إذا صرح بالحمل واللبن ، وهو نظير المسألة ، غير أن البيع باطل على الصحيح كما سبق في البيع فيلزم إما فساد القياس ، أو فساد الحكم المقاس عليه فيفسد القياس أيضًا .

قوله : فاعلمه [وأعلمه] (٤) .

الأولى : أمر من العلم وهمزتها همزة وصل ولامها مفتوحة .

والثانية : أمر من الإعلام ، وهمزتها للقطع ولامها مكسورة أى فافهمه، واعلم به كلام « الوجيز » بالواو .

قوله : ويجوز بيع الشعير أو السلت في سنبله ، ثم قال : ولو كان للثمرة أو الحب كمام لا يزال إلا عند الأكل كالرمان والعلس فكمثل . انتهى كلامه.

وما ذكره هنا من جواز بيع العلس في كمامه ،جزم به أيضًا في باب بيع

---

(١) في الأصول : نخلة، والمثبت من صحيح البخاري ، من جـ .

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٩٠) ومسلم (١٥٤٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) سقط من جـ .

(٤) في جـ : أعلم .

الغرر من « شرح المهذب » ، وزاد على ذلك فقال : لا خلاف في جوازه.

إذا علمت ذلك فقد جزم في أواخر السلم بخلافه ، فقال قبيل الكلام على اشتراط الجودة والرداءة ما نصه : ولا يجوز السلم في العلس والأرز لاستتارهما بالكمام . انتهى .

وتابعه في « الروضة » على الموضعين .

قوله : وماله كمامان يزول أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الأكل كالجوز واللوز والرانج لا يجوز بيعه في القشرة العليا ، [وفيه قول : أنه يجوز ما دام رطباً . وبه قال ابن القاصي والإصطخري ، ثم قال : بيع الباقلاء في القشرة العليا] (١) على هذا الخلاف .

ثم قال : وادعى الإمام أن الأظهر في الباقلاء الأخضر : بيعه في قشرته لأن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أمر بعض [أعوانه] (٢) أن يشتري له الباقلاء الرطب. انتهى .

زاد النووي في « الروضة » على هذا فقال : قلت : المنصوص في «الأم» :أنه لا يصح بيعه ، وهذا إذا كان الجوز واللوز والباقلاء رطباً ، فإن بقي في قشره الأعلى فيبس ، لم يجز بيعه وجهاً واحداً إذا لم نجوز بيع الغائب ، كذا قاله الإمام وصاحب « التهذيب » وغيرهما . انتهى .

إذا علمت الأصل والزيادة ففيه أمور :

أحدها : أن تعبيره بقوله : (كمامان) غير مستقيم ، لأن مراده إنما هو [فردان من أفراد] (٣) الأكمة بلا شك ، وتعبيره ينفيه لأن الكمام جمع ، وكذلك الأكمة والأكمام والأكاميم والمفرد كمامة ، وكم بكسر الكاف . قاله الجوهري .

فكان الصواب كمامتان بالتاء أو كمان .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ ، ب .

(٣) في جـ : إخوانه .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن ابن القاص من الجواز ليس كذلك ، بل صرح بالمنع إلا في الباقلاء فجوزه ، فقال في « التلخيص » : ولا يجوز بيع شيء وعليه قشرتان حتى ترتفع العليا ، إلا واحداً وهو بيع الفول رطباً قلته تخريجاً . هذا لفظه .

وذكر في « المفتاح » نحوه أيضاً فقال : ولا يجوز بيع الجوز حتى يرفع قشرها ، فأطلق ولم يفصل بين الرطب واليابس .

نعم اللوز الذي يؤكل قشره نقل فيه عن المروزي ، أنه يجوز .

الأمر الثالث : أن العون الذي أمره الشافعي بالشراء هو الربيع ، كذا ذكره القفال في « شرح التلخيص » في أوائل البيع فقال : وقد حكى عن الربيع أنه قال : مر الشافعي ـ رضي الله عنه ـ ببغداد بباب الطاق فأعطاني كسرة فاشتريت له بها الفول الرطب في قشره . هذا لفظه .

وذكره القاضي الحسين والشيخ أبو علي في « شرح التلخيص » أيضاً ، [والكسرة هي القطعة من الدراهم أو الدينار تكسر منه للحوائج الصغار ومن ذلك] [(١)] قولهم : الكسرة والقراضة .

قال الجوهري : الكسرة : القطعة من الشيء المكسور ، والجمع : كسر، مثل قطعة وقطع .

الرابع : أن بيع قصب السكر وهو مستور في قشره جائز ، كما ذكره في «شرح المهذب » المسمى « بالاستقصاء » ، ونقله في « المطلب » هنا عن «الحاوي» .

وعلى هذا فيسأل عن الفرق بينه وبين الباقلاء على أن ما صححه الإمام قد صححه القاضي الحسين فقال : إنه المذهب ، والشيخ أبو علي وقال : إنه الأصح ، والقفال في « شرح التلخيص » أيضاً .

---

(١) سقط من جـ .

الخامس : أن ما نقله النووي في « زياداته » عن الإمام والبغوي مقتضاه : تجويز ذلك إذا جوزنا بيع الغائب ، لكن سيأتي بعد هذا عن البغوي ما يشكل على ما يقتضيه كلامه هنا .

قوله في أصل « الروضة » : وأما ما لا يرى حبه في سنبله كالحنطة والعدس والسمسم ، فما دام في سنبله لا يجوز بيعه منفرداً عن سنبله قطعاً . انتهى كلامه .

وما ادعاه من القطع ذكره أيضاً في « شرح المهذب » في باب ما نهى عنه من بيع الغرر ، وعبر بقوله : بلا خلاف ، وهو مردود ، لم يذكره الرافعي ـ رحمه الله ـ فقد قال القاضي الحسين في تعليقه في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ما نصه : فأما بيع الحنطة في السنبلة إن باعها بدون السنابل لا يجوز على الصحيح من المذهب . هذا لفظه .

قوله : ومعها ـ أي مع السنبل ـ قولان : الجديد : المنع لستر المقصود بما لا يتعلق به الصلاح كبيع تراب الصاغة والكدس بعد الدياسة وقبل التصفية. انتهى .

الكدس بضم الكاف وبالدال المهملة الساكنة وبالسين المهملة هو المعبر عنه في بلادنا بالجرن بضم الجيم ، قال الجوهري : الكدس بالضم واحد أكداس الطعام .

قوله في أصل « الروضة » : كبيع تراب الصاغة وكبيع الحنطة مع تبنها ، فإنه لا يصح قطعاً . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف لم يذكره الرافعي ، وذكر مثله في « شرح المهذب» في باب ما نهى عنه من بيع الغرر ، وعبر بقوله : (اتفق أصحابنا) وهو غير مستقيم ، فإن بعضهم قد ذهب إلى الصحة فيهما .

وممن حكاه ابن الرفعة في « الكفاية » ، وصرح بمسألة التراب

بخصوصها، الفوراني في « الإبانة » هنا ، وحكى فيها طريقين طريقة جازمة بالبطلان ، وأخرى بالتخريج على بيع الغائب ، ونقل الإمام الطريقة الثانية عن المحققين، وقال في « الوسيط » : إنها الأظهر .

قوله : والأرز كالشعير يباع في السنابل ، لأنه قد يدخر في قشره ، وبهذا قال ابن القاص وأبو علي الطبري ، ومنهم من قال : هو كالحنطة . انتهى كلامه .

وما صححه من إلحاق الأرز بالشعير ، قد ذكر في آخر السلم ما يخالفه فقال قبيل الكلام على اشتراط الجودة والرداءة ما نصه : ولا يجوز السلم في العلس والأرز لاستتارهما بالكمام . انتهى .

وقد تقدم ذكر هذا الموضع قبل هذا بقليل ، وقد صرح النووي في فتاويه بخلاف ما ذكره في باب السلم فقال : الأصح أنه يجوز السلم فيه .

واعلم أن ما جزم به في باب السلم من المنع في العلس ، قد تقدم ما يخالفه أيضاً فاستحضره .

قوله : ويجوز بيع القنبيط في الأرض ، وكذلك نوع من الشلجم يكون ظاهراً بخلاف الفجل والسلق ونحوهما . انتهى .

القنبيط : بقاف مضمومة ثم نون مشددة مفتوحة ثم باء موحدة .

والشلجم ، بفتح الشين المعجمة والجيم .

والسلق : بكسر السين .

والفجل : بضم الفاء ، كذا ضبطه الجوهري .

قوله : وهل القول بالمنع في صور الفصل مقطوع به أم هو مفرع على قول منع بيع الغائب ؟ ذكر الإمام أنه مفرع عليه .

وفي « التهذيب » : أن المنع في بيع الجوز وما في معناه في الأرض ليس

مبنياً على بيع الغـائب ،لأن في بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصـفته وهاهنا لا يمكن ذلك . انتهى .

والصحيح من الخلاف الذي ذكره وهو بيع المستور في الأرض : هو المنع مطلقاً ، فقد نقله الماوردي عن الجمهور ، وصححه النووي في « الروضة » هنا وفي « شرح المهذب » في باب ما نهى عنه من بيع الغرر .

واعلم أن من جملة مـا ذكره الرافعي في هذا الفـصل بيع الجوز واللوز والباقلاء ، ونحو ذلك من الجاف في قشرته .

والتعلـيل الذي ذكره البغـوي هنا في منع ما في الأرض علـى قول بيع الغائب يقتضي المنع فيها أيضاً .

فأما الجوز واللوز ونحوهما ، فالأمر فـيه كذلك على ما دل عليه كلامه في « شرح المهذب » .

وأما الباقلاء فجزم فـيه في « الشرح المذكور » بالجواز على هذا القول ـ أعني على جواز بيع الغائب ـ ، ولا سبيل إلى الفرق .

قـوله : والمحـاقلة أن يبـيع الـرجل الزرع بمائة فـرق من الحـنطة ، وهي مأخوذة من الحقل وهو المساحة التي تزرع ...إلى آخره .

الفرق بالفاء والراء والقاف مكيال معـروف ، وأما الحقل فهو بفتح الحاء وسكون القاف ، وهو جمع حقلة ، والحقلة المزرعـة الطيبة التي لا بناء فيها ولا شجر . قاله الجوهري .

إذا علمت ذلك فكان الصواب أن يقول : من الحـقلة وهو الساحة ، أو من الحقل وهو السـاحات ، وأيضاً فليس هو مطلق الساحـات بل الساحات الطيبة كما تقدم .

قـوله : بيع العرايا جـائز ، وهو أن يبـيع رطب نخلة أو نخلتين باعـتبـار الخرص بقدر كيله من الثمر . انتهى .

تابعه في « الروضة » على تقييد ذلك بالرطب ، وهو يوهم المنع في البسر ، وليس كذلك ، بل حكمه حكم الرطب ، كما صرح به الماوردي في « الحاوي » .

قوله : لنا ما روى عن سهل بن أبي حثمة أنه ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر إلا أنه أرخص في العرية أن تباع بخرصها تمراً ليأكلها رطباً[١] . انتهى .

حثمة بفتح الحاء المهملة وسكون الثاء المثلثة ، والثمر المذكور أولاً هو بالثاء المثلثة وهو الرطب ، وأما المذكور ثانياً فهو بالمثناة وهو الجاف .

والخرص هنا يجوز فيه فتح الخاء وهو الأشهر وكسرها . قاله في «شرح مسلم» ، وعلى التقديرين فالمراد المخروص .

قوله : ويجوز فيما دون خمسة أوسق من الثمر لا في ما زاد على الخمسة ، وكذا [في الخمسة][٢] في أظهر القولين ، هذا إذا باع في صفقة .

فلو باع قدراً كبيراً في صفقات لا تزيد كل واحدة على ما ذكرنا جاز ، وكذا لو باع في صفقة لرجلين بحيث خص كل واحد القدر الجائز ، فلو باع رجلان لرجل [فوجهان :

أصحهما : أنه كبيع رجل لرجلين][٣] .

والثاني : كبيعه لرجل صفقة .

ولو باع رجلاً لرجلين صفقة لم يجز في ما زاد على عشرة أوسق ، ويجوز فيما دون العشرة ، وفي العشرة القولان . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخره في صورة بيع الرجلين للرجلين ، قد تابعه عليه في

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٧٩) ومسلم (١٥٤٠) .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

«الروضة» ، وقياس ما سبق في هذه المسألة أن لا نعتبر بلفظ العشرة الأوسق كما ذكره ، بل العشرين فنقول : لم يجز فيما زاد على عشرين ، ويجوز فيما دون العشرين ، وفي العشرين القولان فاعلمه .

وإنما قلنا ذلك لأن الصفقة متعددة ولكل واحد أن يبيع عند التعدد أكثر من خمسة أوسق، فإذا كان لرجلين مثلاً ستة عشر وساقاً فباعاها من رجلين [جاز ، لأن كل واحد منهما باع نصيبه وهو ثمانية أوسق من رجلين] (١) ، فيصير كأنه باع من كل واحد منهما أربعة أوسق .

وقد صرح به كذلك مع وضوحه جماعة ، وحينئذ فإذا عبر بلفظ العشرين كما أشرنا إليه يصح أن يقول : لا يجوز فيما زاد عليها ، ويجوز في [ما نقص ، وفي العشرين قولان .

وينبغي تأويل قول الرافعي : لم يجز في] (٢) أكثر من عشرين ـ أي : لكل منهما ـ فيكون للاثنين عشرون .

قوله : أما لو باع الرطب على النخيل بالرطب على النخيل خرصاً فيهما أو بالرطب على وجه الأرض كيلاً ففي جوازه أوجه : أصحها : لا يجوز .

ثم قال : ولو باع الرطب على وجه الأرض [بالرطب على وجه الأرض](٣) لم يجز ، وذكر القفال في « شرح التلخيص » أنه على الخلاف لأنه إذا جاز البيع وأحدهما أو كلاهما على رأس النخيل خرصاً ، واحتملت الجهالة فلأن يجوز مع تحقق الكيل في الجانبين أولى . انتهى كلامه .

وهو يوهم أن تحقيق الكيل كاف في جواز ذلك عند القفال ، وليس كذلك فاعلمه ، بل المراد الكيل مع الخرص أيضاً فافهمه ، فقد صرح به القفال في « شرح التلخيص » ، وقال القاضي حسين : لا خلاف فيه .

قوله : فللحوائج حالتان :

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ . (٣) سقط من أ .

إحداهما : أن تعرض قبل التخلية فهي من ضمان البائع ، فإن تلف جميع الثمار انفسخ العقد ، وإن تلف بعضه انفسخ فيه ، وفي الباقي قولا التفريق . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على الجزم بطريقة القولين ، والصحيح في تلف بعض المعقود عليه قبل القبض طريقة القطع بعدم الانفساخ ، لا هذه الطريقة التي جزم بها كما تقدم بسطه في تفريق الصفقة .

قوله في « الروضة » : وإن عرضت بعدها ، فإن كان باعها بعد بدو الصلاح فقولان :

الجديد الأظهر : أن الحوائج من ضمان المشتري ، ولا فرق على القولين بين أن يشتري القطع أم لا .

وقيل : إن شرطه كانت من ضمان المشتري قطعاً لتفريطه ، ويحكى هذا عن القفال .

وقيل : إن شرطه كانت من ضمان البائع قطعاً ، لأن ما شرط قطعه فقبضه بالقطع والنقل ، وقد تلف قبل القبض . انتهى .

وما ذكره النووي في هذه المسألة مخالف لتصوير الرافعي، فإنه قال ـ أعني الرافعي ـ : والثانية : أن يعرض بعد التخلية فينظر : إن باعها بعد بدو الصلاح فقولان : الجديد : أنها من ضمان المشتري .

ثم قال : وإن باع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط القطع ولم يقطعها حتى أصابتها جائحة ففيها ثلاثة طرق :

أظهرها : أنه على قولين .

[والثاني][1] : أنها من ضمان المشتري قولاً واحداً لتفريطه بترك القطع ، ويحكي هذا عن القفال .

---

(١) سقط من أ .

والثالث : أنها من ضمان البـائع قولاً واحداً ، لأنه لما شرط القطع كان القبض فيه بالقطع والنقل ، هذا كلام الرافعي بحروفه .

وإذا تأملته علمت أن كلام « الروضة » عليه مناقشة من وجهين :

أحدهما : حكايته للطرق في البيع بعد بدو الصلاح وإنما محلها في البيع قبله ، وهكذا ذكره في « الـشرح الصغير » أيضـاً ، وكذلك في «المحرر» ، غير أنه مع شرط القطع لا يبقي فـرق في المعنى بين ما قبل بدو الصلاح وما بعده.

والوجه الثاني : إسقاط القسم الثاني من القسمين المذكورين في المسألة ، وهو البيـع قـبـل بدو الصلاح [وتعبيـره في « الروضة » بقوله : فـإن كان بعد بدو الصلاح] [١] يقتـضي تقسيم المسألة إلى قسمين ، مع أنه لم يذكر الثاني .

واعلم أن محل القولين في ضـمان الجوائح إنما هو عند بيع الثمـار لغير مالك الشـجر ، فإن باعها له فـهي من ضمان المشتـري بلا خلاف لانقطاع العلائق كما ذكره في « الروضة » من زياداته .

قـوله : ولو غابت الثـمـار بعد القـبض بالجوائـح فلا خـيار أيضـاً على الجديد. انتهى ملخصا .

وما ذكره هنا من عدم الخيار قـد جزم بعكسه في « المحرر » فقال : وإن عرضت جائحـة مهلكة كحر أو برد بعـد التخلية، فالجديد أنهـا من ضمان المشتري ، وإن تعيبت بها فله الخيار . هذا لفظه بحروفه . وقد غيره النووي في « المنهاج » فقال : ولو تعيبت بترك [البائع] [٢] السقى فله الخيار .

واعتذر في « الدقائق » عن تعبيره ، وهو اختصار عجيب .

قوله : وإذا ترك البائع السقى فتلفت الثمار بعد التخلية، فالأصح: القطع

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ ، ب .

بالانفساخ، لاستناد هذه الآفة إلى ترك السقي المستحق بالعقد قبل التخلية .

ثم قال : وما يستند إلى سبب سابق قبل القبض [قد] (١) ينزل منزلة ما لو سبق بنفسه كما ذكرنا في القتل بالردة السابقة ، والقطع بالسرقة السابقة وموت العبد من المرض المتقدم على القبض . انتهى كلامه .

وهو يقتضي أن الصور التي استشهد بها يجب الضمان فيها على البائع مطلقاً ، لكنه قد سبق في خيار النقص أن العبد إذا مات من المرض السابق فالأشهر : القطع بأنه من ضمن المشتري لأن المرض يتزايد .

وأما القتل بالردة ، والقطع بالسرقة فالأصح : التفصيل بين العلم والجهل ، ولم يتعرض في « الروضة » في هذا الباب لهذه الصور ، وذكرها الرافعي في « الشرح الصغير » في الموضعين كما ذكرها في « الكبير» ، إلا المرتد فإنه جعله هناك من ضمان البائع ، ولم يفصل .

قوله : فرع :

لو باع الثمار مع الأشجار فتلفت الثمار بجائحه قبل التخلية بطل العقد فيها ، وفي الأشجار قولان . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الصحيح في تلف بعض المعقود عليه قبل القبض هو طريقة القطع بعدم الانفساخ لا طريقة القولين كما تقدم إيضاحه في تفريق الصفقة .

الثاني : أن النووي في « الروضة » عبر بقوله : وفي الأشجار القولان بزيادة (ال) ، واقتضى كلامه عودهما إلى القولين في ضمان الجوائح فإنهما المقدمان على هذه المسألة لا غيرهما . وقد تكرر منه هنا الإحالة [عليهما](٢) وهو سهو فاعلمه .

(١) في جـ : هل .

(٢) سقط من أ .

قوله : وإذا باع الثمرة [بعد][1] بدو الصلاح وكان تلاحقها نادراً ، فاتفق أن تلاحقت [ولم تتميز أو كان الغالب تلاحقها فشرط القطع فلم يتفق حتى تلاحقت] [2] ففي انفساخ العقد قولان .

أظهرهما على ما رواه المصنف : أنه لا ينفسخ لبقاء عين المبيع ، بل [يثبت] [3] الخيار للمشتري لأنه أعظم من إباق العبد . انتهى ملخصاً .

فيه أمور :

أحدها : أن الأصح هو الانفساخ ، فقد صححه الأكثرون منهم القاضي أبو الطيب في « التعليق »، والشيخ أبو إسحاق في «المهذب» ، والغزالي في «البسيط» ، والشاشي في « الحلية »، وابن أبي عصرون في «الانتصار»، وكذلك الأرغياني في «فتاوي النهاية» لكن فيما قبل القبض خاصة .

وصححه أيضاً النووي في « شرح الوسيط » فقال : والأصح من القولين أنه ينفسخ العقد ، وممن صححه صاحب « المهذب » وصاحب «الانتصار » . هذا لفظ النووي .

وأطلق الرافعي في « المحرر » و« الشرح الصغير » ، والنووي في «الروضة» : التصحيح بأن العقد لا يبطل اعتماداً على ما وقفا عليه من الترجيح المتقدم نقله عن « الوجيز » خاصة ، ولهذا عبر الرافعي في الكتابين المذكورين باللفظ الذي عبر به في « الوجيز » .

الأمر الثاني : أن ثبوت الخيار للمشتري تفريعاً على عدم الانفساخ ، ذكره الغزالي فمشي عليه الرافعي ومقتضاه أن له أن يبادر بالفسخ ، والمنصوص عليه في « مختصر المزني » تفريعاً على هذا القول ، وكذلك في كتب أكثر الأصحاب حتى في « التنبيه » ، وأقره عليه النووي في «تصحيحه»: أن البائع بالخيار إن سمح بحقه أقر العقد ، وإلا فسخناه .

---

(١) في جـ : قبل .
(٢) سقط من جـ .
(٣) سقط من جـ .

الأمر الثالث : إذا قلنا بثبوت الخيار للمشتري فمعناه أنه يرفع الأمر إلي الحاكم ، ويكون الحاكم هو الذي يفسخ . هكذا صرح به جماعة منهم القاضي أبو الطيب في « التعليق » والماوردي في « الحاوي » ، ونقله ابن الرفعة في « الكفاية » عنهما ولم يخالفهما ، وهو متجه ، فإن هذا الفسخ ليس [بالعيب] (١) بل لقطع المنازعة ، وكلام الرافعي يوهم خلاف ذلك . فتفطن له .

واستفدنا أيضاً من كونه لقطع المنازعة : أن لا يكون على الفور كالفسخ بعد التحالف .

قوله : ويجري القولان فيما إذا باعه حنطة أو مائعاً فانصب عليه مثله قبل القبض ، بخلاف اختلاط الثوب بمثله أو الشاة بمثلها ، فإنه لا يبطل على المذهب كما قاله في « التتمة » ، لأنه يورث الاشتباه وهو مانع بخلاف الإشاعة . انتهى ملخصاً .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، وهذا الذي ذكره في « التتمة» قد ذكر مثله في « البحر » وأطلق في « الروضة » تصحيحه أيضًا .

قوله : ولو باع جزة من القصب بشرط القطع ، ولم يقطعها حتى طالت، وتعذر التمييز جرى القولان ، ومنهم من قطع بعدم الانفساخ هاهنا تشبيها لطولها بكبر الشجرة والثمرة وسمن الحيوان وهو ضعيف ، لأن البائع مجبر على التسليم في الأشياء المذكورة بزياداتها ، وهاهنا لا يجبر على تسليم ما زاد . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه في تضعيف هذه الطريقة من كونه لا يجبر على التسليم تابعه عليه في « الروضة » ،وهو يقتضي اعتقاد أن هذا القائل يقول بذلك قطعًا ، لكن في « الحاوي » للماوردي : الجزم بأن الزيادة عند هذا القائل [للمشتري](٢) ، وعلله بأنها زيادة لا تتميز .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

باب معاملات العبيد

قوله : [يجوز للسيد أن يأذن لعبده في التجارة إلى آخره .

قيده الشيخ في « التنبيه » والجرجاني في « التحرير » و«الشافي » بما إذا كان العبد رشيدًا ، وسبقهما إليه الماوردي فقال : يشترط أن يصح تصرفه لنفسه لو كان حرًا .

ومقتضى ما ذكروه : اشتراط ذلك أيضًا عند شرائه لنفسه ، وكتابته عليها وإنجازه وغير ذلك . وفيه نظر .

قوله :] (١) ومنها العبد المأذون لا ينعزل بالإباق ، بل له التصرف في البلد الذي خرج إليه إلا إذا خص السيد الإذن بهذا البلد .

وقال أبو حنيفة : يصير محجورًا عليه.

ثم قال : ولو أذن لجاريته في التجارة ، ثم استولدها ففيه هذا الخلاف . انتهى كلامه .

واعلم أن نسخ الرافعي مختلفة في مسألة الاستيلاد ، ففي بعضها التعبير بقوله : ففيه هذا الخلاف كما تقدم .

وأشار إلى الخلاف بيننا وبين أبي حنيفة ، [وعلى هذه النسخة فلا ينعزل عندنا ، وينعزل عند أبي حنيفة] (٢) ، وفي بعضها التعبير بقوله : ففي هذا اختلاف ، وعلى هذا فلا تصحيح في هذه المسألة في الكتاب .

وقد اختصر في « الروضة » هذا الموضع فقال : ولو أذن لأمته ثم استولدها لم تنعزل على الصحيح ، وهذا الاختصار غير مطابق له .

أما على النسخة الأولى : فلا خلاف عندنا ، وأما على الثانية : فلا تصحيح .

---

(١) سقط من أ ، جـ .

(٢) سقط من جـ .

ولم يذكر المسألة في « الشرح الصغير » ، والأقرب ما في النسخة الأولى لبعد ثبوت الخلاف في هذه المسألة لأنه يبعد أن يقع من مصنف لكتاب مبسوط متأخر محرر لاسيما الرافعي، والاستقراء أن يذكر خلافًا في فرع من الفروع النظرية من غير ذكر ترجيح ما ، ولا تعليل لشيء من ذلك الخلاف ولا بيان أن الخلاف عند العلماء أو عندنا ، وهل هو وجهان أو قولان ؟ فظهر بذلك صحة النسخة الأولى ، وحينئذ فيكون الحكم هو الجزم بالصحة في هذه المسألة ، وقد جزم به صاحب « التتمة » و« التهذيب » وغيرهما.

قوله : ومنها : إذا ركبته الديون لم يزل ملك سيده عما في يده ، فلو تصرف فيه ببيع أو هبة أو إعتاق بإذن المأذون والغرماء جاز ، ويكون الدين في ذمة العبد ، وإن أذن العبد دون الغرماء لم يجز ، وإن أذن الغرماء دون العبد فوجهان . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أنه قد سوى في النكاح في باب المولى عليه بين إذن الغرماء دون العبد وبين العكس ، وحكى في المسألتين وجهين ، على عكس ما جزم به هاهنا من المخالفة.

الأمر الثاني : أن الصحيح من هذين الوجهين في ما عدا العتق هو عدم الصحة ، كذا ذكره الرافعي في النكاح أيضًا في الموضع المذكور ، وصححه في « الروضة » هنا من « زياداته » في الجميع .

ولنذكر ما قاله الرافعي هناك لتعرف عبارته في الأمرين فقال : وإن كان عليه دين ، فإن زوجها السيد بإذن العبد [والغرماء صح ، لأن الحق لا يعدوهم، وإن زوجها بإذن العبد] [1] دون الغرماء أو بإذن الغرماء دون العبد لم يصح على أظهر الوجهين .

---

(١) سقط من جـ .

ثم قال : وبيع السيد وهبته ووطؤه هذه الجارية كالتزويج في حال قيام الدين وعدمه.

الثالث : أن ما ذكره في العتق هنا قد ذكر فيه ما يخالفه في النكاح في الموضع المذكور فقال : ولو أعتق عبدًا لمأذون وعلى المأذون دين ، أو أعتق الوارث عبدًا من التركة وعلى المورث دين ، قال صاحب « التهذيب » : قيل في نفوذ العتق [قولان] (١) كما في إعتاق المرهون .

والمذهب أنه إن كان معسرًا لم ينفذ العتق ، وإن كان موسرًا نفذ. انتهى.

وهذا التفصيل الذي ذكره [فيه وهو الفرق بين الموسر والمعسر وتابعه عليه في « الروضة » لم يذكره في هذا الباب بالكلية ، والذي ذكره هنا إنما يستقيم في المعسر ، ثم إن الذي ذكره] (٢) في النكاح إنما يصح إذا كان بغير إذن فاعلمه .

قوله : وإقرار المأذون بدين المعاملة مقبول سواء أقر لأبيه وابنه أو لأجنبي. انتهى كلامه.

ذكر مثله في « الروضة » ، وفيه أمران ذكرهما الرافعي في أوائل كتاب الإقرار ، وفيهما شرح لهذا الكلام فقال : إذا أقر المديون بدين لا يتعلق بالتجارة كالقرض ونحوه تعلق بذمته ، ولو أطلق ولم يبين الجهة لم ينزل على دين المعاملة على أصح الوجهين لاحتمال أنه إتلاف .

ولو أقر بعد الحجر بدين معاملة أضافه إلى حال الإذن ، لم تقبل إضافته على الأصح .

قوله : فإذا باع المأذون سلعة وقبض الثمن فاستحقت السلعة ، وقد تلف الثمن في يد العبد فللمشتري الرجوع ببدله على العبد، لأنه المباشر للعقد .

وفي وجه لا رجوع عليه ، وفي مطالبة السيد ثلاثة أوجه رتبها الإمام :

---

(١) في جـ : وجهان .

(٢) سقط من جـ .

أصحها : أنه يطالب أيضًا ، لأن العقد له .

والثاني : لا .

والثالث : إن كان في يد العبد وفاء فلا يطالب وإلا طولب .

ثم قال : ولو اشترى المأذون شيئًا للتجارة ، ففي مطالبة السيد بالثمن الأوجه . انتهى .

وهو صريح في أن ديون معاملات العبد تجب على السيد ، ويؤمر بقضائها .

إذا علمت ذلك فقد ذكر بعد ذلك بدون ورقة ما يخالفه فقال : ولا تتعلق ديون معاملة العبد برقبته ولا بذمة السيد . انتهى .

وهو غريب جدًا ، ولا يستقيم أن يجمع بينهما بأن يقال : لا شيء في ذمته ، لكن يطالب ليؤدي من أموال التجارة عنه ، لأن أحد الأوجه أنه إن كان في يد العبد وفاء لم يطالب وإلا طولب .

وقد وقع هذا الاختلاف في « الشرح الصغير » و«المحرر» و«المنهاج» ووقع أيضًا في « الروضة » على وجه أشد مما وقع في الشرح ، فإنه ادعى نفي الخلاف في الموضع الثاني فقال : ولا بذمة السيد قطعًا .

قوله في المسألة : والوجه الأول والثاني جاريان في عامل القراض مع رب المال لتنزيل رب المال منزلة العمرة على المال المعين . انتهى كلامه .

وهذا التعليل الذي ذكره الرافعي ـ رحمه الله ـ تعليل للوجه الثاني ، وكأنه ترك تعليل الأول لوضوحه .

قوله : ولو اشترى بألف في الذمة ، فتلفت الألف قبل أن ينفذها ففي انفساخ العقد وجهان :

أصحهما : أنه لا ينفسخ ، وعلى هذا فوجهان :

أحدهما : أنه يجب على السيد ألف آخر ، لأن العقد وقع له .

والثاني : لا يلزمه ، ولكنه إن أخرج ألفا آخـر مضى العقد ، وإلا فللبائع الفسخ.

ويشبه أن يكون هذا أظهر . انتهى ملخصًا .

وهذا الوجـه الذي رجحه الرافـعي بحثًـا ، قد صـرح بتصـحيـحه في «الشرح الصـغير » فـقال : إنه أظهر الوجـهين ، وكذلك النووي في أصل «الروضة » فقال: إنه الأصح .

وتصحـيح هذا الوجه منهمـا لا يوافق ما ذكراه في القـاعدة المتقـدمة ، وهي لزوم دين معـاملة العبد للسيـد، فإنا إن قلنا بلزومه عليـه لزم إيجاب الألف هنا ، وأن يكون العقد باقيًا .

وإن قلنا بعدم اللزوم ، لزم الانفساخ فالتـخيير لا يوافق تلك القاعدة ، والموافق للأصح منها : هو لزوم الألف .

لا جرم أن الإمـام لما ذكر الخـلاف في لزوم دين المعاملة على السـيد ، وصحح قول اللزوم ، وعلله بما علله الرافـعي ، ثم ذكر هذه المسألة صحح أن العقد باقٍ ، ويلزم السيد ألف أخرى .

وأيضًا فإن التلف هنا هو نظير التلف في يد الوكيل وعامل القراض .

ولما ذكر مسـألة القراض في بابها لم يحكِ فيها الوجـه الذي رجحه في هذه المسألة فضلاً عن ترجيحه ، ولم يرجح فيها أيضًا شيئًا .

وأما مسـألة الوكيل فحكاه وفيـها غير أنه لم يصـرح فيها بتـصحيح ، وتابعه في «الروضة» على ذلك كله ،غير أنه صحح في «تصحيح التنبيه» في مسألة القراض انقلاب العقد إلى العامل ،وهو أقرب من تصحيحح التخيير.

قوله : وهل تتعلق ديون التجارة بما يكسبه بعد الحجر ؟ فيه وجهان:

قال في « التهذيب » : أصحهما : أنه لا تتعلق به . انتهى .

وما قاله البغوي هو الصحيح ، كذا صححه النووي في أصل «الروضة».

قوله من « زياداته » : قال في « التهذيب » : لو جنى على المأذون ، أو كانت أمة فوطئت بشبهة ، لا تقضي ديون التجارة من الأرش والمهر . انتهى كلامه.

وما ذكره هنا من عدم التعلق بالمهر، وجزم به ولم يذكر في الباب خلافه ، قد جزم بعكسه في كتاب النكاح في باب المولى عليه في الكلام على الولاية على الرقيق ، وهو من زوائده أيضًا ، وستعرف لفظه في موضعه فراجعه .

قوله أيضًا من « زياداته » : ولو [اشترى] (١) المأذون من يعتق على سيده بغير إذنه لم يصح على الأظهر .

فإن قلنا : يصح، ولم يكن على المأذون دين عتق على المولى ، وإن كان ففي عتقه قولان كما لو اشترى بإذن المولى ، وإن اشترى بإذنه صح، فإن لم يكن على المأذون دين عتق وإلا فقولان :

أحدهما : لا يعتق .

والثاني : يعتق ويغرم قيمته للغرماء . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذه الزيادة جميعها قد ذكره [الرافعي في الباب الثاني من أبواب القراض وذكرها] (٢) في « الروضة » أيضًا تبعًا له .

الثاني : أن النووي في « تصحيح التنبيه » قد صحح من القولين في ما

(١) في أ : ابتدأ .

(٢) سقط من أ .

إذا اشترى بإذن السيد ، وكان عليه دين أنه لا يعتق .

ونقل ابن الرفعة في باب القراض من « المطلب » عن الأصحاب : أنه كالراهن فقال : نعم قالوا : إن كان عليه دين ففي عتقه عليه الخلاف في عتق الراهن ، وأجروه فيما إذا باشر السيد عتق عبد اشتراه المأذون للتجارة ، وقد ركبته الديون . هذا كلامه .

وأشار إليه الرافعي أيضًا في باب القراض ، فإنه شبهه بالمرهون ، وحينئذ فيكون الصحيح : التفصيل بين الموسر وغيره ، ولا يتجه غيره ، هذا كله إذا اشتراه بالإذن .

فإن اشتراه بغير الإذن ، وكان عليه دين ففي العتق أيضًا قولان .

لكن هل هما مخرجان على القولين فيما إذا وقع الشراء بالإذن حتى يكون الصحيح الذي في إحداهما تصحيحًا في الأخرى أو مرتبان وأولى بالبطلان ؟ ، اختلف فيه كلام « الروضة » ، فالمذكور في هذا الباب كما تقدم نقله عنه هو التخريج ، وفي باب القراض هو الترتيب .

وينبني على هذا الاختلاف ما إذا قلنا بالترجيح المستفاد من كلام الرافعي و« المطلب » ، وهو إلحاقه بالمرهون فكان السيد في مسألتنا وهو الشراء بغير الإذن موسرًا .

فعلى المذكور في « الروضة » هنا يستفاد [تصحيح الإعتاق ، وعلى المذكور هناك لا يستفاد] (١).

واعلم أن شراء القريب بإذن السيد بمنزلة إعتاق السيد ، وقد تقدم في أول الباب أنه يفصل فيه بين الموسر والمعسر .

---

(١) سقط من أ .

قوله : فرع :

لو أذن لعبده في التجارة مطلقاً ولم يعين مالاً ، فعن أبي طاهر الزيادي : أنه لا يصح هـذا الإذن ، وعن غـيـره : أنه يـصح ، وله التـصـرف في أنواع الأموال . انتهى .

لم يصحح شيئاً في « الروضـة » أيضاً ، ولا تعرض لها في « المحرر » ولا في «الشرح الصغير » .

فمراد الرافعي بقوله : (ولم يعين مالاً) أي نوعاً من المال يتجر منه .

قـوله : وأصح الوجـهين : أنه لا يصح شراؤه دون إذن الـسيـد ، لأنه لو صح ، فإن أثبتنا الملك له فليس أهلاً لذلك ، وإن أثبتنـاه للسيد بعوض عليه فهو لم يرض به ، وإن كـان بعوض على العبد فيلزم حصـول أحد العوضين لغير من يلزمه مقابله . انتهى ملخصاً .

وما صحـحه الرافعي في هذه المسألـة سبقه إليه الإمـام والمتولي ، وهو مخالف للجمهور .

فإن الماوردي والقاضي أبا الطيب قد صرحا بأن الجمهور على الصحة .

وما ذكره في دليل [المنع] (١) فهو منقوض بالمأذون ، فإنهم اتفقوا على أن ما اشتراه يكون ملكاً للسيد مع اختلافهم في من يكون الثمن في ذمته .

قوله من « زياداته » : ولا يحل للمكاتب التسري بغير إذن سيده ، وبإذنه قولان كتبرعه . انتهى .

وهذا الكلام يشعر برجـحان الجواز ، لأنه الصحـيح في التبرع بالإذن ، لكن الصحيح منع التسري ، وسيأتي بسطه في موضعه إن شاء الله تعالى .

---

(١) في أ : القطع .

باب اختلاف المتبايعين

قوله : مثل أن يختلفا في قدر الثمن فيقول البائع : بعتك هذا بمائة ، ويقول المشتري : بخمسين ، فينظر : إن كان لأحدهما بينة قضى بها ، فإن أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله سمعتا .

ثم إن قلنا بالتساقط فكأن لا بينة وإلا توقفنا إلى ظهور الحال .

وإن لم يكن لواحد منهما بينة فيتحالفان . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن حاصل ما ذكره تفريعاً على عدم التساقط وهو [قول][1] الاستعمال مجيء قول الوقف دون قول القرعة والقسمة .

وما ذكره هنا مخالف لما ذكره في كتاب الدعاوى والبينات في أثناء الركن الخامس المعقود للبينة ، فإنه قال : إن قول القرعة يأتي هنا خلافاً لابن سلمة ، وأن قول القسمة والتوقف لا يأتيان على المشهور ، فلم يوافق ما ذكره هاهنا إلا في أن قول القسمة لا يأتي .

وأما القولان الآخران فذكر كلاً منهما على العكس مما هنا ، أما الوقف فبعدم إتيانه ، وأما القرعة فبإتيانها ، غير أنه مثل هناك بالاختلاف في الإجارة ، وسأذكره في موضعه فراجعه .

وحكى عن ابن سريج : تقديم بينة مدعى الزيادة .

[الأمر الثاني][2] : إن الرافعي ـ رحمه الله ـ إنما مثل هنا بالمثال المذكور للإشارة إلى أن شرط التحالف أن يكون ما يدعيه البائع أكثر .

وقد صرح الرافعي به في الاختلاف في الصداق فقال : وإنما يحسن

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : قوله .

وضع المسألة إذا كان ما تدعيه المرأة أكثر .

قوله : ولو قال البائع : بعتك العبد ، فقال : [بل][1] الجارية ولم يختلفا في الثمن : نظر، إن كان الثمن معيناً تحالفا كما لو اختلفا في جنس الثمن ، وإن كان في الذمة فوجهان :

أحدهما : يتحالفان ، قاله ابن الحداد واختاره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ .

والثاني : لا ، قاله الشيخ أبو حامد واختاره الإمام وصاحب «التهذيب».

ونظير المسألة اختلاف الزوجين في أنه أصدقها أباها أو أمها . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً ، وفيه أمور :

أحدها : أن الرافعي لم يذكر قسيم قوله : (ولم يختلفا في الثمن) وكان ينبغي أن يقول : فإن اختلفا كان حكمه كذا ، ولا يغني عنه ما ذكره هو وغيره من أن الاختلاف في قدر الثمن يوجب التحالف ، فإن الصورة المطلوبة أن يختلفا فيه مع الاختلاف في عين المبيع .

ولم يذكر الشيخ في « المهذب » و« التنبيه » هذا القيد .

[الأمر الثاني][2] : أن الأصح من الخلاف عدم التحالف ، فقد نص عليه الشافعي في « البويطي» في باب السلم ، فقال بعد أن ذكر التحالف في السلم ما نصه : فإن ادعى أحدهما أن البيع إنما كان بشيء وخالفه الآخر، مثل قوله : اسلفني درهماً في كذا ، وقال هذا : بل دينار ، فالقول قول البائع مع يمينه .

ويفسخ السلم لأنهما لم يجتمعا على أصل واحد . هذا لفظه بحروفه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : قوله .

وصحح الرافعي في « الشرح الصغير » هنا التحالف ، وعبر بالأظهر ، وصححه أيضًا النووي في أصل « الروضة » في الباب الخامس من كتاب الصداق، فإنه صحح التحالف في المسألة المتقدمة ، وهي ما إذا قال الزوج: أصدقتك أباك ، فقالت : بل أمي .

وهذا الخلاف هو الخلاف في مسألتنا بعينه ، صرح به الرافعي هناك ، وكلامه أيضاً هنا يشعر به ، لكنه لم يصرح بتصحيح ، بل التصحيح من تصرف النووي .

الثالث : أن المنقول عن ابن الحداد إنما هو التحالف في مسألة الصداق، كما نقله عنه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما ، ولم يتكلم في مسألة البيع ، قال في « الكفاية » : ومسألة الصداق المذكورة العوضان فيها معينان ، فيصح فيها التحالف قطعاً كما لو كان الثمن معيناً ، وردد في «المطلب» فقال : إما أن يقطع فيها بالتحالف نظراً لما ذكرناه ، أو يقطع بعدمه نظراً إلى أن الصداق عقد مستقل لكون النكاح لا يفسد بفساده ، فلا تحالف جزماً ، فليست نظير مسألة البيع أصلاً حتى يكون قول ابن الحداد بالجواز في هذه يلزم منه الجواز في تلك .

الرابع : أن ما نقله عن الإمام أيضاً من المنع ليس في كلامه ما يقتضيه ، بل كلامه يؤخذ منه الجواز ، لأنه قال : إن الخلاف يلتفت إلى ما لو أقر بألف عن ضمان فقال : المقر له عن جهة أخرى .

والأصح في إقرار عبده اللزوم ، ولم يتعرض لهذه المسألة في «المحرر» ولا في « النهاج » .

قوله : ولو ادعى صحة العقد والآخر فساده فوجهان :

أصحهما عند صاحب « التهذيب» : تصديق مدعي الفساد ، وأصحهما عند الغزالي ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد وابن الصباغ : تصديق مدعي

الصحة ، لأن الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين صحتها .

وأيضاً فلو قال : هذا الذي بعتنيه حر الأصل .

وقال البائع : بل هو مملوك ، فالقول قول البائع . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما اقتضاه كلامه من رجحان الثاني ، قد صرح به في «المحرر» ، وعبر بالأصح ، وصححه أيضاً النووي وغيره .

ويستثنى من هذه القاعدة مسائل ، منها : إذا باع ذراعاً من أرض وهما يعلمان ذرعانها ، [فادعى البائع] [1] أنه أراد ذراعاً معيناً حتى لا يصح العقد، وادعى المشتري الشيوع حتى يصح ويكون كأنه باعه العشر مثلاً على تقدير أن يكون ذرعها عشرة ، ففي المصدق منهما احتمالان ذكرهما الرافعي من غير ترجيح .

والأرجح منهما على ما قاله في « الروضة » من « زياداته » : تصديق البائع فيفسد .

ومنها : لو اختلفا في أن الصلح وقع على الإنكار أو الاعتراف ، فإن القول قول مدعي الإنكار حتى يفسد كما ستعرفه في كتاب الصلح فراجعه.

ومنها : لو قال السيد : كاتبتك وأنا مجنون أو محجور عليّ ، [وقال][2] العبد كنت في حال الكمال ، وعرف للسيد جنون أو حجر كان هو المصدق . كذا جزم به الرافعي في الكتابة في أثناء الحكم الثاني .

الأمر الثاني : أن استدلاله بما إذا اختلفا في أن المبيع حر أم رقيق ؟ يقتضي الاتفاق عليه ، لكنه قد ذكر بعد ذلك بنحو ورقة : أنه لو كان في

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

يده عصير فوجدناه خمراً بعد البيع ، فقال المشتري : كان عند الشراء خمراً، وأنكر البائع ، كان على الخلاف في مدعي الصحة والفساد .

قوله : ولو رد المسلم فيه على المسلم إليه بعيب، فقال المسلم إليه : [ليس][1] هذا هو الذي قبضته مني، فالأصح أن القول قول المسلم لأن اشتغال ذمة المسلم إليه معلوم، والبراءة غير معلومة .

والوجهان جاريان في الثمن في الذمة .

ثم قال بعد ذلك : ولك أن تقول : الفارق بين الثمن والمسلم فيه ظاهر ، فإن الاعتياض عن المسلم فيه غير جائز ، وفي الثمن [لو رضي][2] بالمقبوض لوقع عن الاستحقاق ، وإن لم يكن من جنسه متى كانت له قيمة لأن الاستبدال عن الثمن جائز . انتهى .

ولك أن تقول : الاستبدال لا بد فيه من لفظ يدل عليه ، إما بالصريح أو بالكناية كسائر العقود ، فكيف يكتفي بمجرد الرضا ؟

قوله : ولو اشترى طعاماً كيلاً وقبضه بالكيل ، أو وزناً وقبضه بالوزن أو أسلم فيه وقبضه ، ثم جاء وادعي نقصاناً فيه ، نظر : إن كان قدراً يقع مثله في الكيل والوزن قبل ، وإلا فقولان ... إلى آخره .

هذه المسألة سبق الكلام عليها في الكلام على حكم المبيع قبل القبض فلتراجع .

قوله : ولو باعه عصيراً وسلمه إليه فوجده خمراً ، فقال البائع : تخمر في يدك ، وأنكر المشتري، فأيهما يصدق ؟ فيه قولان . انتهى ملخصاً .

والأظهر : تصديق البائع ، كذا صححه في « الروضة » من « زياداته » ،

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

وفي « تصحيح التنبيه » .

قولـه : ولو قال المشـتري : بعت العـبد بشـرط أنه كاتب ، وأنكر البـائع فوجهان :

أحدهما : أن القول قول البائع ، كما لو اختلفا في العيب .

والثاني : أنهما يتحالفان ، قاله في « التتمة » وهذا أصح . انتهى كلامه .

والأصح ما قـاله صاحب « التـتمة » ، كـذا صححـه النووي في أصل «الروضة» .

قوله : ويبدأ في التحالف بالبائع ، وفي قول بالمشتري .

ثم قـال : وتقديم أحد الجـانبين مخـصوص بما إذا باع عـرضاً بثـمن في الذمة .

فأما إذا تبادلا عرضاً بعرض ، فلا يتـجه إلا التسوية على ما ذكر الإمام ، وينبغي أن يخرج ذلك على أن الثمن ما أدى . انتهى كلامه .

وهذا التخـريج لـيس بلازم ، قال في « المطلب » : لأن مأخـذ البداءة قـوة جانـب على جانب ، كمـا ذكروه في تعليل الأقـوال ، وذلك مفـقود هاهنا .

قوله : ظاهر نص الشـافعي ـ رضي الله عنه ـ الاكـتفاء بيـمين واحدة من كل واحد من المتعـاقدين يجمع فيهـا بين النفي والإثبات ، فيقـول البائع : ما بعته [بخـمسمائة][1] ، وإنما بعته بألف ، ويقول المشـتري : ما اشتريته بألف ، وإنما اشتريته بخمسمائة . انتهى .

تابعه في « الروضــة » على الإثبات بصيغة إنما ، وهــو المذكور أيضاً في «المحرر» ، وهذه اللفظة لا حاجة إليها .

---

(١) سقط من ب .

قوله : ولو عرض اليمين عليهما فنكلا جميعاً ففيه وجهان للإمام :

أحدهما : أن تناكلهما كتحالفهما .

والثاني : أنه يوقف الأمر ، وكأنهما تركا الخصومة . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذه المسألة قد صرح بها الماوردي في « الحاوي » ، وجزم بالاحتمال الثاني وهو التوقف ، ونقله الإمام في آخر كلامه عن بعض المتقدمين بعد أن ذكر أن أئمة المذهب لم يتعرضوا للمسألة ، وصححه النووي في «الروضة» من زياداته ، وخالف الغزالي في « البسيط » فقال : له حكم التحالف على [الظاهر] (١) .

الأمر الثاني : أن تعبير الرافعي بقوله : فيه وجهان للإمام ـ يستفاد منه : أنهما احتمالان له ، وأن الرافعي يرى أن احتمالات الإمام وجوهاً ، وقد صرح بذلك في مواضع كثيرة .

ولما اختصر النووي في « الروضة » كلام الرافعي أطلق حكاية وجهين في المسألة ، ولم يعزهما إلى الإمام كما عزاه الرافعي ، ثم استدرك عليه فقال من « زياداته » : هذان الوجهان ذكرهما الإمام احتمالين لنفسه ، وإطلاقه أنهما وجهان ، ثم استدراكه بأنهما احتمالان غريب .

قوله : ومن الذي يفسخه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : الحاكم ، كالفسخ بالعنة لأنه فسخ مجتهد فيه .

وأظهرهما : أن للمتعاقدين أيضاً أن يفسخا ، ولأحدهما أن ينفرد به كالفسخ بالعيب . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » وفيه أمور :

---

(١) في ب : الأظهر .

أحدها : أن ما ذكره في الفسخ بالعنة من تعين الحاكم فيه مناقض لما ذكره في كتاب النكاح ، فإنه صحح جواز انفراد المرأة بالفسخ بعد ثبوتها بين يدي الحاكم ، وسأذكر لفظه في موضعه .

وحذف التعليل من « الروضة » فسلم من الاختلاف .

الثاني : أن حكاية الخلاف في جواز الفسخ لأحدهما واضحة .

وأما بالنسبة إليهما معاً فسهو ، لأن المتعاقدين يجوز لهما الفسخ بلا سبب ، بلا خلاف ، فما ظنك عند وقوع الاختلاف .

وقد صرح بالمسألة في الكلام على الإقالة ، وهو في أثناء خيار النقض فقال : إنه يجوز لهما رفع العقد ، بلفظ الفسخ ، ولم يحك فيه خلافاً ، ونقله هو في هذا الباب بعد هذا بقليل ، وقال : إنه لا شك فيه ، والموقع في هذا الوهم لمن وقع فيه أن بعض الأصحاب عبر بقوله : لأحدهما ، وبعضهم عبر بقوله : لهما ، وهو يريد ما أراده الأول ـ أي كل منهما على البدل ـ فجمع بينهما .

فتلخص أن الخلاف إنما هو بالنسبة إلى أحدهما خاصة .

الأمر الثالث : أن ما صححه من جواز الفسخ لأحدهما قد سبقه إلى تصحيحه الغزالي والجرجاني .

وأما الأول فصححه الأكثرون ، منهم القاضي حسين والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي والروياني والشاشي في « الحلية » والهروي في «الإشراف» والغزالي في « الخلاصة » وابن أبي عصرون .

قوله : قال الإمام : وإذا قلنا : الحاكم هو الذي يفسخ فذاك إذا استمرا على النزاع ، ولم يفسخا أو التمسا الفسخ .

أما إذا أعرضا عن الخصومة ، ولم يتفقا على شيء ولا فسخا ففيه تردد . انتهى .

تابعه في « الروضة » على حكاية هذا التردد ، وهو يقتضي أنهما لم يقفا في المسألة على نقل ، وقد رأيت المسألة مصرحاً بها في تعليقة القاضي الحسين ، وجزم بأنه ليس للقاضي أن يفسخ العقد بينهما .

قوله في أصل « الروضة » : ثم إذا فسخ العقد ارتفع في الظاهر ، وهل يرتفع في الباطن ؟ فيه ثلاثة أوجه :

ثالثها : إن كان البائع صادقاً فنعم لتعذر وصوله إلى حقه ، وإن كان كاذباً فلا .

ثم قال : وقال الإمام : إن صدر الفسخ من المحق فالوجه تنفيذه باطناً ، وإن صدر من المبطل [فالوجه منعه باطنًا ، وإن صدر منهما فلا شك في الانفساخ باطناً ، وليس ذلك موضع الخلاف ويكون ذلك كما لو تقايلا ، وإذا صدر من المبطل] (١) ولم ينفذه باطناً ، فطريق الصادق إنشاء الفسخ إن أراد الملك فيما عاد إليه ، وإن صدر من القاضي فالظاهر الانفساخ باطناً لينتفع به المحق . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما :أن ما ذكره صريح في أن القياس على الإقالة من كلام الإمام، وكذلك ما بعده أيضاً ، وهو خلاف ما في الرافعي ، فإنه قد صرح بنقله عن « الوسيط » ،وعطف ما بعده عليه ، وكذلك هو في « الوسيط » .

الثاني : أن ما ذكره الغزالي من القياس على الإقالة ، ونقله عنه الرافعي مرتضياً له ، وجزم بصحته النووي ليس بقياس صحيح ، فإن كلاً من المتبايعين لو قال بعد صدور البيع : فسخت البيع ، لم ينفسخ البيع ، ولم يجعله إقالة اتفاقاً ، سواء قال ذلك بحضرة صاحبه أو في غيبته .

وإنما تقع الإقالة ، ويحصل الفسخ بها إذا صدرت بالإيجاب والقبول

---

(١) سقط من أ .

بشرطهما المعتبر ، وهو أن يكون الثاني جواباً للأول ، وأن يقع على الفور وأن لا يفصل بكلام ، وقد يتلفظ كل منهما بذلك بدون شيء من هذه الشرائط .

قوله : وإذا انفسخ البيع بالتحالف ، أو فسخ فعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً ، وقيمته إن كان تالفاً . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن إيجاب القيمة محله إذا كان المبيع متقوماً ، فإن كان مثلياً فإنه يأتي فيه ما سبق في البيع الفاسد ، والأصح فيه المثل كما سبق .

الأمر الثاني : أنه قد ذكر بعد ذلك أنه لا فرق في التلف بين الحسي والشرعي كالبيع والاعتاق وغيرهما .

إذا علمت ذلك فقد ذكر في « الروضة » من « زياداته » في الكلام على الإقالة ، وهو في أثناء خيار النقض عن القفال في شرحه « للتلخيص » : أنهما لو تقايلا ثم اختلفا في الثمن ففيه ثلاثة أوجه ، سواء قلنا : الإقالة بيع أو فسخ :

أصحها : أن القول قول البائع .

والثاني : قول المشتري .

والثالث : يتحالفان ، وتبطل الإقالة . انتهى .

وقد تقدم الكلام على هذه المسألة هناك فراجعه .

قوله : وفي القيمة المعتبرة وجوه ، وقال الإمام أقوال : أصحها : أن الاعتبار بقيمة يوم التلف . انتهى .

وما رجحه هاهنا من كون الخلاف وجوهاً، قد جزم بخلافه في «المحرر» فقال : والاعتبار بقيمة يوم التلف على أصح الأقوال . هذا لفظه .

وتبعه في « الروضة » و«المنهاج» على هذا الاختلاف .

قوله : وإن أجره بني على جواز بيع المستأجر، [إن منعناه فهو كما لو رهنه ، وإلا فللبائع أخذه ، وإن كان أجره للبائع فله أخذه لا محالة . انتهى.

عبر في « الروضة » بقوله : قطعاً وهو بناء منهما على زعمهما أن البيع من البائع لا خلاف في صحته، وليس كذلك كما ستعرفه في الإجارة .

قوله : وإذا أخذ قيمة الآبق للحيلولة ثم عاد فأصح الوجهين: أنه يرده ويسترد القيمة : وأما المرهون فالأصح، القطع بأنه لا يرد ، وقيل : على الوجهين ، ثم قال : وأما المستأجر] (١) **فإن منعنا بيعه فهل هو كالمرهون أم كالإباق ؟ فيه احتمالان للإمام . انتهى كلامه .**

تابعه عليه في « الروضة » ، وهو يدل على أنهما لم يظفرا بالمسألة ، وقد صرح بها القاضي الحسين في « تعليقه » وألحقها بالآبق .

وأيضاً فإن الإمام نفسه قد رجح ذلك ، فإنه بعد ذكره لهذا التردد قال : الأظهر أنه كالآبق .

قوله : ثم إذا انفسخ العقد ارتفع في الظاهر ، وفي الباطن ثلاثة أوجه : ثالثها : إن كان البائع صادقاً ارتفع ، وإلا فلا .

ثم قال : واعلم أن جميع ما ذكرناه مفرغ في قالب واحد ، وهو أن يكون اختلافهما في قدر الثمن ...إلى آخره .

القالب بفتح اللام ، ومراده بهذا الكلام ، أن جميع ما تقدم من الخلاف يأتي حيث اختلفا في قدر الثمن، هذا ما ظهر لي من مراده ، وإن كان مثل هذا الكلام لا يستعمل لإرادة هذا المعنى ،لا سيما أن الكلام والمثال إنما هو في هذه الصورة ، فلم نستفد منه شيئاً آخر .

---

(١) سقط من أ .

قوله : ولو جرى العقد بين وكيلين ففي تحالفهما وجهان .

وجه المنع : أن فائدة اليمين الإقرار ، وإقرار الوكيل لا يقبل . انتهى .

فيه أمران :

أحدهـما : أن هذه المسألة ذكرها الرافـعي في الباب السادس من أبواب الصداق ، واقـتضى كـلامه أن الأصح هو التـحالف ، فإنه ذكـر فيـما إذا اختلف الزوج وولي الصغيرة أو المجنونة ، أن الأصح عند الأصحاب : هو التحالف .

ثم قال : وهذا الخلاف يـجري في وكيل البائع ووكيـل المشتري ، وفي وكيل أحدهما مع الآخر ، وفي المسألة كلام آخر نذكره في الدعاوي إن شاء الله تعالى .

الأمـر الثـاني : أن النووي قـد ذكر من « زياداته » هنا : أنه ينبـغي أن يكون الأصح هو التحالف .

قال : وفائدته الفسخ ،أو إن نكل أحدهما فيحلف الآخر ، ويقضي له إذا قلنا : حلفه مع النكول كـالبينة ، وما قاله من القـضاء للآخر إذا حلف بعد نكول خصمه ليس كذلك فاعلمه ، فإن الصحيح المذكور في الدعاوي: أن الحكم لا يتعدى إلى ثالث إذا جعلنا النكول ، ورد اليمين كالبينة .

وما قاله هنا هو الوجه المرجـوح في بابه حتى نقل ـ أعني الرافعي ـ في آخر الشركة اتفاق الأئمة على ضعفه .

قـوله من « زوائده » : ولو باع شيـئاً ومـات ، فظهـر أن المبيع كـان لابن الميت، فقال المشتري : باعه عليك أبوك في صـغرك لحاجة ، وصدقه الابن أن الأب باعه في صغره ، لكن قال : لم يبعه عليّ بل باعه لنفسه متعدياً .

قال الغـزالي في « الفتـاوي » : فالقـول قول المشـتري ، لأن الأب نائب الشرع ، فلا يفهم إلا لحجة . انتهى كلامه .

هذه المسألة ذكرها الرافعي في أواخر باب الحجر وحكى فيها خلافاً ، وصحح ما نقله هنا عن الغزالي ، [وسيأتي][1] في أصل «الروضة» هناك .

باب السلم

قوله : ذكروا في تفسير السلم عبارات متقاربة ، منها : أنه عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطي عاجلاً ...إلى آخره .

هذه العبارة قد اختارها النووي في « لغات التنبيه » فقال : إنها أحسن العبارات ، ويرد عليها وما بعدها أمران :

أحدهما : ما إذا وقع بلفظ البيع أو بلفظ الشراء ، ولم يقع بعده لفظ السلم ، فإنه لا ينعقد سلماً على الأصح ، بل بيعاً كما ذكره هو بعد ذلك، وسنذكره واضحاً .

الثاني : أن إعطاءه عاجلاً شرط من شروط الصحة ، وليس داخلاً في حقيقة السلم .

لا جرم لم يذكر هذه الزيادة في « المحرر » ، بل قال : هو بيع موصوف في الذمة ، لكن يرد على هذا التعبير ما إذا عقد بلفظ البيع ، فإنه ليس بسلم على الصحيح ، بل يكون بيعاً .

قوله : ويجوز أن يجعل رأس المال منفعة دار أو عبد مدة معلومة ، ويسلمها بتسليم العين ، انتهى كلامه .

هذه المسألة أسقطها النووي فلم يذكرها في « الروضة » هاهنا .

قال ابن الرفعة : وإنما قلنا : يحصل التسليم بالعين ، لأنه لما تعذر القبض الحقيقي اكتفينا بهذه لأنه الممكن .

قلت : وفيه نظر لأن المعتبر في هذا الباب ، إنما هو القبض الحقيقي ، ولهذا لا تكفي الحوالة كما قاله الرافعي هاهنا ، ولا الإبراء كما قاله في باب

---

(١) سقط من جـ .

الإجارة وهكذا الحكم في الربا أيضاً .

ولو كانت المنفعة متعلقة ببدنه ، كما لو جعل رأس المال تعليم سورة أو خدمة شهر وسلم نفسه ، فإن أخرج نفسه بعد ذلك من التسليم كما هو الغالب لم يكف بخلاف الدار والعبد ، لأنهما مال فيمكن الحكم باستدامة اليد الشرعية عليهما ، والحر لا يدخل تحت اليد المتصلة ، فكيف في حال الانقطاع ، وإن لم يخرج نفسه ففيه نظر لما ذكرناه .

والمتجه : الجواز لأن الأجرة تستقر بذلك ، وكلام « المنهاج » يقتضي الاكتفاء مطلقاً ، فإنه عبر بقوله : ويجوز كونه منفعة ، ويقبض بقبض العين . هذه عبارته ، والقياس ما ذكرناه .

قوله : ولو قبض رأس المال ، ثم رده إلى المسلم عن دين ، قال أبو العباس الروياني : لا يصح ، لأنه تصرف قبل انبرام ملكه ، فإذا تفرقا فعن بعض الأصحاب : أنه يصح السلم لحصول القبض ، وإلزام الملك ، ويستأنف إقباضه للدين . انتهى .

والصحيح في هذه المسألة : صحة إقباضه عن الدين ، وأن العقد يلزم فافهمه ، وذلك لأن التصرف قبل انبرام الملك أي في مدة [خيار البائع ، وإنما يمتنع إذا كان مع غير البائع لأن صحته تقتضي اسقاط ما ثبت له من][1] الخيار .

فأما إذا كان معه فالأصح فيه الصحة ، ويكون ذلك إجازة منهما .

كذا ذكره الرافعي في الكلام على الخيار ، وفي باب الربا .

وحينئذ فيكون إقباضه له عن الدين صحيحاً وإلزامًا للعقد فاعلمه .

وسكوت الرافعي والنووي على ما تقدم يشعر بأن الحكم كذلك ، وبأنهما قد ارتضياه ، وكأنهما لم يستحضرا ما قدماه .

---

(١) سقط من أ .

قوله : ولو كان له في ذمة الغير دراهم ، فقال : أسلمت إليك الدراهم التي في ذمتك على كذا ، نظر: إن شرط الأجل فيه فهو باطل لأنه بيع الدين بالدين ، وإن كان حالاً ولم يسلم المسلم فيه قبل التفريق فكمثل ، وإن أحضره وسلمه فوجهان :

أحدهما : يصح كما لو صالح من تلك الدراهم على دنانير وسلمها في المجلس .

وأظهرهما : المنع ، لأن قبض المسلم فيه ليس شرط ، وإن كان المسلم حالاً، فلو وجد لكان متبرعاً به ، وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات .

ألا ترى أنه لو باع طعاماً بطعام إلى أجل ، ثم تبرعا بالاحضار لم يجز . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ادعاه من أن قبض المسلم فيه ليس بشرط ، إن أراده في هذه المسألة فممنوع ، لأن من يشترط إحضار أحد العوضين يشترطه في صحة هذا العقد ، وإن أراد في غيرها لم يضر .

الأمر الثاني : أنه على تقدير أن لا يكون قبضه شرطاً ، لكن لا يقال فيه أنه تبرع ، لأنه يجب على المسلم إليه الإعطاء في مجلس [العقد ، فكيف يقال : لا يجب وهو حال قادر عليه ؟ فإذا كان حالاً فيشترط عند هذا القائل تسليمه في المجلس][1] ، فكيف يكون تبرعاً ؟

وأما تنظيره بما إذا باع طعاماً إلى أجل فظاهر الفساد ، لأن الإحضار هناك تبرع بلا شك .

وقوله : (متبرعاً به) هو بفتح الراء على البناء للمفعول .

---

(١) سقط من أ .

قوله : وأطلق صاحب « التتمة » وجهين في أن تسليم المسلم فيه في المجلس ، وهو حال هل يغني عن تسليم رأس المال ؟ والأظهر المنع . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على إطلاق المنع ، إلا أنه إنما يتجه إذا ورد بلفظ السلم أو بلفظ البيع ، واعتبرنا المعنى .

فإن قلنا بالصحيح ، وهو اعتبار اللفظ فيتجه أن يكفي، لأن المانع حينئذ كونه بيع دين بدين ،[فإذا وجد القبض من أحد الجانبين كفى لزوال المانع . ولعل الرافعي إنما عبر] (١) بالمسلم فيه لهذا المعنى .

قوله في أصل « الروضة » : ولو كان رأس المال عبداً فأعتقه المسلم إليه قبل القبض لم يصح ، إن لم يصح اعتاق المشتري قبل القبض ، وإلا فوجهان. والفرق أنه لو نفذ لكان قبضاً حكمياً ، ولا يكفي ذلك في السلم .

ثم قال ما نصه : فإن صححنا فتفرقا قبل قبضه بطل العقد ، وإلا فيصح، وفي نفوذ العتق وجهان . انتهى كلامه .

وهذا التفريع الذي ذكره على تصحيح العتق ظاهر الفساد ، فإنه كيف يفرع على نفوذه تفريعاً يكون فيه وجهان في عدم نفوذه .

وأيضاً فإنا إذا نفذناه يحصل القبض به حكماً كما أشار إليه ، فكيف يقول بإبطال العقد عند عدم قبضه ؟ وقد عبر الرافعي بقوله : فعلى هذا ـ أي فعلى القول بالفرق ـ وهو الإبطال هنا والصحة في المشتري ، وهو تفريع لا وقفة فيه ولا في حكاية الخلاف بعد ذلك في نفوذ العتق ، وقد حكاه المتولي في « التتمة » كذلك .

وبناء الوجهين على أن الراهن إذا أعتق وقلنا : لا ينفذ اعتاقه ، فانفك الرهن هل ينفذ أو لا ؟ فاتضح كيفية الخلاف المحكي في [«المهذب»] (٢) لا

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : المذهب .

سيما شرحه إذا وقع في كلام الرافعي من كلام « التتمة » لاستمداد كلامه منها.

قوله : ولو أسلم بلفظ الشراء فقال : اشتريت منك ثوباً أو طعاماً صفته كذا بهذه الدراهم ، فقال : [اشتريت منك ما] (١) بعته منك انعقد ، لأن كل سلم بيع.

وهل هو سلم اعتباراً بالمعنى أو بيع اعتباراً باللفظ ؟ فيه وجهان :

الأصح على ما ذكره صاحب « التهذيب » وغيره:أن الاعتبار باللفظ .

والصحيح عند ابن الصباغ : اعتبار المعنى . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن ابن الصباغ قد نص عليه الشافعي في «الإملاء» كما نقله [عنه] (٢) الشيخ أبو حامد ، ونقله عن العراقيين ، وصححه الروياني والجرجاني ، وذكر الرافعي في « الأيمان » ما يقتضيه، فقال فيما إذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد ما نصه : ويحنث بما يملكه بالتولية والإشراك وبما ملكه بالسلم ،لأنها شراء في الحقيقة والإطلاق هذه عبارته .

وذكر مثله أيضاً في الإجارة ، فإنه حكى هذا الخلاف في الإجارة الواردة على الذمة .

ونقل عن البغوي :أنه رجح مراعاة المعنى ، ثم قال ـ أعني الرافعي ـ : إن ما صار إليه البغوي في الإجارة لا يلائم ما صار إليه في السلم .

ثم وافقه الرافعي في « المحرر » على ما رجحه هناك ، واقتضى كلامه في الشرحين أن الأكثرين عليه ، وحينئذ فيقال للرافعي ، قد ثبت بقولك أن كلامك أيضاً هنا لا يلائم كلامك هناك .

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

وحينئذ فلا بد من ترجيح أحد هذين الموضعين فرجحنا بنص الشافعي ، فلتكن الفتوى على مراعاة المعنى .

وأما نظرهم إلى أن البيع مختص بالأعيان فيجري عليه هنا حكم الأعيان ففاسد ، لأنه يلزم منه بطلان العقد بالكلية ، وليس كذلك ، فثبت رجحان كونه سلماً لمقتضى الترجيح في الإجارة ، ونص الشافعي عليه ، وكثرة القائلين به وفساد دليل مقابله .

لا جرم أن الرافعي لم يصرح هنا بترجيح لا في « الكبير » ولا في «الصغير » ، فإنه عبر بقوله : ورجح أي على البناء للمفعول .

نعم ذكر في « المحرر » أنه أقرب ، فصرح النووي بتصحيحه في «الروضة» و«المنهاج» جرياً على عادته .

الأمر الثاني : أن محل انعقاده بيعاً إذا اقتصر على لفظ الشراء أو البيع ، فإن ضم إليه لفظ السلم فقال مثلاً : بعتك أردب قمح في ذمتي سلماً بكذا، أو قال : اشتريت منك أردباً في ذمتك سلماً بكذا، فإنه يكون سلماً.

كذا جزم به الرافعي في الكلام على تفريق الصفقة في اختلاف الأحكام.

قوله : ولو قال : اشتريت منك ثوباً صفته كذا في ذمتك بعشرة دراهم في ذمتي .

فإن جعلناه سلماً وجب تعين الدراهم ، وتسليمها في المجلس ، وإن جعلناه بيعاً لم يجب . انتهى لفظه بحروفه .

وتابعه عليه النووي في « الروضة » ، ومقتضاه أنه لا يجب التعيين ولا التسليم تفريعاً على الوجه المصحح ، وهو جعله بيعاً مراعاة للمعنى .

فأما ما قاله في التسليم فمسلم ، وأما التعيين فلا بل لا بد منه ، وإلا لصار بيع الحالي بالحالي أي بيع الدَّين بالدَّين ، وقد أجمعوا على منعه للحديث الصحيح .

ومن صرح به المحاملي ، ورأيته أيضاً في « فوائد المهذب » لابن عصرون نقلاً عن الفارقي تلميذ الشيخ أبى إسحاق .

فينبغي أن يحمل قوله : (لم يجب) على المجموع السابق ذكره ، لأن المجموع لم يجب ، بل إنما يجب [بعضه] (١) غير أن مثل هذا لا يستعمله الفقهاء، ولا يريدونه ولا يفهمه الواقف على كلامهم .

قوله : ولو وقت بفصح النصارى ، نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ على أنه لا يجوز .

فأخذ بعض الأصحاب إطلاقه اجتناباً عن التأقيت بمواقيت الكفار ، وعامتهم فصلوا فقالوا : إن اختص بمعرفة وقته الكفار فالجواب ما ذكره ، لأنه لا اعتماد على قولهم ، وإن عرفه المسلمون أيضاً جاز ، وكذلك سائر أعياد أهل الملل ، وسواء اعتبرنا معرفتهما أم لا .

فلو عرفا كفى على الصحيح ، وقيل : يشترط معرفة عدلين من المسلمين سواهما ، لأنهما قد يختلفان فلا بد من مرجع . انتهى .

تابعه في « الروضة » على إطلاق المنع إذا عرفه الكفار فقط ، وليس على إطلاقه ، بل يستثني ما إذا كانوا عدداً كثيراً في البلاد الكبار بحيث يستحيل تواطؤهم على الكذب ، فإنه يكفي لحصول العلم بقولهم ، وهذا التنبيه استدركه ابن الصباغ في « الشامل » .

والفصح بكسر الفاء وإسكان الصاد وبالحاء المهملتين هو عيد النصارى .

قال الجوهري : وذلك إذا أكلوا اللحم وأفطروا .

قوله : الثالث لو أقتا بنفير الحجيج وقيد بالأول أو بالثاني جاز، وكذا إن أطلقا على الأصح، ويحمل على الأول .

ثم قال ، وحكى عن « الحاوي » أن التوقيت بالنفير الأول أو الثاني لأهل مكة جائز ، لأنه معروف عندهم ولغيرهم وجهان ، وأن في التوقيت بيوم

---

(١) سقط من جـ .

القر لأهل مكة وجهين أيضًا ، لأنه لا يعرفه إلا خواصهم ، وهذا غير فقيه لأنا إن اعتبرنا علم المتعاقدين فلا فرق ، وإلا فهي مشهورة في كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم . انتهى .

اعترض في « الروضة » على كلام الرافعي فقال بعد قوله : إن القر هو الحادي عشر من ذي الحجة ،وهذا الوجه الذي ذكره في « الحاوي » قوي .

ودعوى الإمام الرافعي شهرته عند غير الفقهاء ومن في معناهم لا يقبل، بل ربما لا يعرف القر كثير من المتفقهين والله أعلم .

وهذا الاعتراض الذي ذكره في « الروضة » غلط فاحش ، فإن الرافعي يريد أن معرفة الآجال هل يكفي فيها علم المتعاقدين أم لابد من معرفة عدلين؟ فيه خلاف سبق .

فإن اعتبرنا علم المتعاقدين فلا فرق بين النفر والقر، إن علما بهما صح، وإلا فلا ، وإن لم نعتبر علمهما ، وقلنا : لابد من عدلين فكذلك أيضًا لأنه لا يتصور خلو مكة ولا غيرها من النواحي عن عدلين من الفقهاء يعرفان القر فلا فرق أيضًا .

قوله : قال الإمام : لو عقدا وقد بقى من صفر لحظة ، ونقص الربيعان وجمادى فيحسب الربيعان بالأهلة ، ويضم جمادى إلى اللحظة الباقية من صفر، ويكملان بيوم من جمادى الآخرة سوى لحظة.

ثم قال : كنت أود في هذه الصور أن يكتفي بالأشهر الثلاثة، فإنها جرت عربية كوامل ، وما تمناه هو الذي نقله أبو سعيد المتولي وغيره ، وقطعهما بحلول الأجل بانسلاخ جمادى في الصورة المذكورة ،وأن العدد إنما يراعى في ما إذا جرى العقد في غير اليوم الأخير ، وهو الصواب . انتهى كلام .

تابعه في « الروضة » على حصره في اليوم الأخير وليس كذلك ، بل لو وقع العقد في الليلة الأخيرة كان كاليوم في أنه لا يراعى فيه العدد أيضًا

للمعنى الذي ذكره .

وأشار الرافعي بقوله في الصورة المذكورة [إلى] [(١)] نقصان جمادى ، فلو كان تامًا لم يتوقف على انسلاخه بل بإكمال ثلاثين ، حتى لو كان العقد وقت الزوال من اليوم الأخير من صفر حل الأجل بزوال اليوم [الأخير][(٢)] من جمادى إذا جاء كاملاً ، كما صرح به صاحب « التتمة » .

قوله : ولو قال : محله في الجمعة أو في رمضان فوجهان :

أصحهما : المنع ، لأنه جعل اليوم أو الشهر طرفًا فكأنه قال : محله وقت من أوقات يوم كذا ، وفرقوا بينه وبين الطلاق بأن الطلاق يجوز تعليقه بالمجاهيل والأغرار ، بخلاف السلم ، قال ابن الصباغ : نعم ، لكن لو كان كذلك لوقع في الجزء الأخير دون الأول ، وهذا حسن ، والفرق مشكل . انتهى كلامه.

وفرق إسماعيل الحضرمي بأن الطلاق لما قبل التعليق بالمجهول قبله بالعام ، وتعلق بأوله والسّلم لا يؤجل بقدوم زيد ، فلا يؤجل بعام .

قوله في أصل « الروضة » : ولو قال : إلى أول رمضان أو آخره بطل . كذا قاله الأصحاب ، لأنه يقع على جميع النصف الأول أو الآخر .

قال الإمام والبغوي : ينبغي أن يصح ويحمل على الجزء الأول . انتهى كلامه.

ذكر الرافعي نحوه أيضًا ، وما ذكره غريب ، فقد قال الشافعي في «البويطي» : ويسمى أول الشهر أو كذا وكذا يومًا يمضي من الشهر ، [وصرح به أيضًا الشيخ أبو حامد وسوى بين «إلى شهر رمضان» و«إلى غرته» و« إلى هلاله » و « إلى أوله » قال : إنه إذا قال إلى أول يوم من الشهر] [(٣)] ، فالمحل أول جزء من أول اليوم .

---

(١) في جـ : في .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وكذلك الماوردي سوى بين الشهر والأول والغرة ، [بل جعل الأول والغرة][1] أصلين ، وألحق الشهر بهما .

وقال في « الشرح الصغير » : الأقوى الصحة .

قوله : ولو أسلم في شيء ببلد لا يوجد مثله فيه ويوجد في غيره ، قال في « النهاية » : إن كان قريبًا منه صح ، وإن كان بعيدًا فلا .

قال : ولا تعتبر مسافة القصر هاهنا ، وإنما التقريب فيه أن يقال : إن كان يعتاد نقله إليه في معرض المعاملة لا في معرض التحف والمصادرات صح السلم ، وإلا فلا .

ويجيء في آخر الفصل ما ينازع في الإعراض عن مسافة القصر . انتهى كلامه.

وقال في آخر الفصل في الكلام على انقطاع المسلم فيه : وإن أمكن نقل المسلم فيه من غير تلك البلدة إليها وجب نقله إن كان في حد القرب وبم يضبط ؟ .

أما صاحب « التهذيب » في آخرين فإنهم نقلوا وجهين ، أقربهما : أنه يجب نقله فيما دون مسافة القصر .

والثاني : من مسافة العدوى .

وأما الإمام فإنه جرى على الإعراض عن مسافة القصر . إلى آخره .

ويؤخذ من مجموع كلام الرافعي أن الراجح في المسألة الأولى اعتبار مسافة القصر أيضًا ، على خلاف ما قاله الإمام.

إذا علمت ذلك فقد جزم في « المحرر » بما قاله الإمام ، وتبعه النووي عليه في « المنهاج » .

---

(١) سقط من أ ، جـ .

والتحف بضم التاء وفتح الحاء جمعة تحفة ساكن الحاء ومفتوحها أيضًا وهي الهدايا . قاله الجوهري .

قوله فيما إذا انقطع المسلم فيه : فإن أجاز ثم بدا له مكن من الفسخ، كزوجة المولى ، ووجهه الإمام :بأن هذه الإجازة إنظار ، وقد يتوقف الناظر في كونها إنظار أو يميل إلى أنها إسقاط حق كإجازة زوجة العنين .

ويجوز أن يقرر فيه وجهان ، لأن الإمام حكى وجهين في أنه لو صرح بإسقاط حق الفسخ هل يسقط؟ وقال : الصحيح أنه لا يسقط . انتهى كلامه.

اعلم أن النووي قد ذكر هنا كلامًا فيه شيء يظهر [بذكر][1] لفظه فقال: فإن أجاز ثم بدا له مكن من الفسخ كزوجة المولى إذا رضيت ثم أرادت المطالبة كان لها ذلك .

قلت : هذا هو الصحيح ، وذكر صاحب « التتمة » في باب التفليس وجهين في أن هذا الخيار على الفور أم لا ، كالوجهين في خيار من ثبت له الرجوع بالإفلاس ، والله أعلم . هذا لفظه بحروفه .

ومقتضاه أن هذا الخلاف المحكي عن صاحب « التتمة » هو خلاف في المسألة التي بحث فيها الرافعي ، وهو ما إذا أجاز ثم بدا له فتأمله ، وليس كذلك ، فإنهما مسألتان مستقلتان ، ولا يلزم من كونه على التراخي أنه إذا اختار خصلة يجوز له الرجوع عنها كالمفلس .

قوله : ولو وجد المُسلَم فيه عند قوم يبيعونه بثمن غالٍ فليس بانقطاع ، بل يجب تحصيله . انتهى كلامه .

وهذه المسألة قد يحصل فيها اشتباه على كثير من الناس ، وغلط في فهمها ، وذلك لأن الغلاء يطلق ، ويراد به الزيادة على ثمن المثل كما يقول الشخص لوكيله : اردها فإنها غالية ، ويطلق ويراد به ارتفاع الأسعار ،

(١) سقط من أ ، جـ .

وأن يبيع بثمن مثله في ذلك الزمان ، كما يقال : كان ذلك في زمن الغلاء لا في زمن الرخص .

والمراد هنا إنما هو الثاني ، وأما الأول فلا يكلف به ، لأن فيه إجحافًا زائدًا ، وتكليفًا بما لا نهاية له ، فإن صاحب السلعة قد يبالغ في الزيادة وقد جعل الشارع الموجود بأكثر من قيمته كالمعدوم بدليل الرقبة وماء الطهارة ، وغير ذلك ، ومما يدل على ما قلناه من كون المراد هو الثاني أن الغاصب مع تعديه لا يكلف القسم الأول على الأصح ، كما قاله في « الروضة » في بابه ، فبالأولى هذا ، ولم يصحح الرافعي [في « الشرحين »] (١) هناك شيئًا .

والحاصل أنهما مسألتان ، ذكرت إحداهما هنا والأخرى هناك، والبابان محتاجان إلى ذكر كل واحدة من المسألتين .

وقد صح في كتاب الكفارات أنه لا يلزمه شراء الرقبة بالثمن الغالي .

ولعل الفرق بينه وبين السلم تأكد حق الآدمي إلا أن يقال : المراد بالغلاء هناك الزيادة على ثمن المثل غير أن الخلاف في إيجابه بعيد ، وجزم في كتاب الأطعمة نقلاً عن « التهذيب » : بأن المضطر يجب عليه أن يشتري بالثمن الغالي، وفسره بالزيادة الكبيرة .

قوله في « الروضة » : ولو أمكن نقله وجب إن كان قريبًا ، وهو مادون مسافة القصر .

وقيل : هي المسافة التي لو خرج إليها بكرة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً ، ثم قال ما نصه : وقال الإمام : لا اعتبار بمسافة القصر؛ فإن أمكن النقل على غيبته، فالأصح: أنه لا ينفسخ قطعًا ، وقيل : على القولين . انتهى كلامه.

وتعبيره بقوله : على غيبته تحريف، والصواب وهو المذكور في «النهاية»

(١) سقط من أ .

والرافعي على عسر بالسين والراء ، ثم إن هذا اللفظ . . إلى آخره هو من تتمة كلام الإمام فاعلمه .

قوله : ولو عين موضعًا فخرب وخرج عن صلاحية التسليم فأوجه:

أحدها : يتعين ذلك الموضع .

والثاني : لا ، وللمسلم الخيار .

والثالث : يتعين أقرب موضع صالح . انتهى .

قال النووي في « زياداته » : الأقيس هو الثالث . انتهى . وما ذكره النووي إن كان حاصله متجهًا فناقص موهم، بل لابد أن يقال فيه مع هذا : إن ذلك الأقرب الصالح له حالان :

أحدهما : أن يكون أبعد من المعين ابتداءًا فيستحق أجرة الزائد ، لأن العقد لم يقتضيه ، وإنما أوجبناه لغرض المستحق جمعًا بين المصلحتين ، كما ذكروا في نظائر لهذا .

الحال الثاني : أن يكون أقرب ، فيتجه تخيير المسلم ، فيقال له : إن شئت فأسلم لك في المعين ولا كلام ، وإن شئت سلم لك في الصالح من غير حط شيء من الأجرة .

قوله : وحمل الإمام إطلاق الأصحاب على جواز السلم في الموزون كيلاً على ما يعد الكيل في مثله ضبطًا ، حتى لو أسلم في فتات المسك والعنبر ونحوهما كيلاً لم يصح . انتهى كلامه .

وليس فيه تصريح بأن الأمر كما قاله الإمام ،أو على ما أطلقه الأصحاب، والأمر كما أطلقوه من عدم الاشتراط ، كذا صرح به الرافعي بعد ذلك ، فقال في أثناء الشرط السادس : ويجوز في اللآلئ الصغار إذا عم وجودها كيلاً ووزنًا .

وجزم النووي في « تصحيح التنبيه » : بالاشتراط ،كما قاله الإمام ، وكأنه إذ ذاك وقف على الموضع الأول فقط ، ولم يستحضر ما قاله الرافعي ثانيًا .

ولم يصرح في « الروضة » بشيء ، غير أنه ذكر عقب الموضع الثاني أن كلام الرافعي هنا مخالف لما تقدم نقله عن الإمام ، قال : وكأنه اختار ما أطلقه الأصحاب . هذا كلامه .

ولم يذكر غير ذلك ، ولم يخالفه أيضًا في اختياره .

قوله : ولا يجوز السلم في الجوز واللوز عددًا ، ويجوز وزنًا ، وفي الكيل وجهان نقلهما صاحب « البيان » ، المذكور منهما في « الشامل » : الجواز ، وكذا في الفستق والبندق .

واستدرك الإمام فقال : قشور الجوز واللوز مختلفة [منها غلاظ ، ومنها رقاق والغرض يختلف باختلافهما فيمتنع السلم فيهما] (١) بالوزن أيضًا .

وليحمل ما أطلقه الأصحاب على النوع الذي لا تختلف قشوره في الغالب. انتهى كلامه.

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، وفيه أمور :

أحدها : أن منع الكيل قد نص عليه الشافعي في « البويطي» فقال: ولا يجوز إلا وزنًا . هذا لفظه بحروفه .

ونص في « مختصر المزني » على الجواز ، فتلخص أن الخلاف قولان [لا وجهان] (٢) .

الثاني : أن الراجح في هذه المسألة هو الجواز ، فقد قال الرافعي في «المحرر» : إنه أشبه الوجهين .

وصححه النووي في « الروضة » و« المنهاج» ، ولم ينبه في «الروضة»

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من جـ .

على أنه من « زياداته » ، بل أدخله في كلام الرافعي ، فتفطن له .

الأمر الثالث : أن حكم السلم في الجوز واللوز وزنًا ، هو كما أطلقه الأصحاب لا كما استدركه الإمام ، كذا نبه عليه النووي في « شرح الوسيط» فقال بعد حكايته لمقالة الإمام ما نصه : والمشهور في المذهب هو الذي أطلقه الأصحاب ، ونص عليه الشافعي انتهى .

وجزم الرافعي في « المحرر » بالتقييد بما استدركه الإمام ، وتبعه عليه النووي في « الروضة » و« المنهاج » ، والصواب : التمسك بما قاله في «شرح الوسيط » ، لأنه متبع لا مختصر .

قوله : ولا يجوز السلم في البطيخة الواحدة والسفرجلة الواحدة ، ولا في عدد منها ، لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها ، وذلك يورث عزة الوجود . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن منعه في البطيخة الواحدة وفي العدد منه ، قد سبقه إليه جماعة ، لكن نص الشافعي في « البويطي» على الجواز فقال : ويسمى اللون ويصف صغيره وكبيره ووسطه ، ولو وصف وزن كل واحدة من هذا كان أحوط ، وإلا لم يضره ، وكذلك البيض هذا لفظه بحروفه ، ومن «البويطي» نقلته .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد عدى هذا الحكم إلى البيض والباذنجان والرمان .

وحذف النووي من « الروضة » ذكره بالنسبة إلى هذه الأمور فاعلمه .

قوله من « زياداته » معترضًا على الرافعي : كذا قال أصحابنا

الخراسانيون يشترط في اللبن الجمع بين العدد والوزن ، ولم يعتبر العراقيون أومعظمهم الوزن ، فقد نص الشافعي ـ رحمه الله ـ في آخر كتاب السلم من « الأم » على أن الوزن فيه مستحب و [لو] [1] تركه فلا بأس ، لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخانته وأنه من طين معروف . انتهى .

ومقتضى هذه الزيادة أن يكون الراجح : أنه لا يشترط ، وقد نص عليه أيضًا الشافعي في « البويطي» فقال : لا بأس بالسلم في الطوب والحجارة إن ضبط طوله وعرضه ، وإلا وزن . هذا لفظه بحروفه .

لكن جزم النووي في « المنهاج » تبعًا للمحرر باشتراطه .

قوله : لكن في منع السلم في الجارية وولدها أو أختها إشكال ، على الإطلاق ، لأنهم حكوا عن نصه : أنه لو شرط كون العبد كاتبًا والجارية ماشطة جاز.

ولمدع أن يدعى ندرة اجتماع الكتابة والمشط مع الصفات التي يجب التعرض لها ، بل قضية ما أطلقوه تجويز السلم في عبد وجارية بشرط كون هذا كاتبًا ، وتلك ماشطة ، وكما يندر كون أحد الرفيقين ولد الآخر مع اجتماع الصفات المشروطة فيهما ، فكذلك يندر كون أحدهما كاتبًا والآخر ماشطًا مع اجتماع تلك الصفات ، فلنسوِ بين الصورتين في المنع والتجويز . انتهى كلامه .

وما ذكره من المشابهة ضعيف ، فإن الفرق بينهما أن اشتراط الكتابة في العبد ، والمشط في الجارية يسهل تحصيله بالاكتساب ، وليس فيه إلا زيادة وصف على الأوصاف المطلوبة .

وإذا أسلم في عبد وجارية بهذه الصفة فلا تعلق لأحدهما بالآخر ، ولا هو وصف فيه .

---

(١) سقط من أ .

أمـا البنوة والأخوة فـوصف غـير مكتـسب فيـعـز اجتـماعـه مع باقي الأوصاف ، وكونها ذات ولد وصف فيها .

قوله نقلاً عن الصيـمري : ولو شرط كونه زانيًا أو قاذفًـا أو سارقًا جاز ، بخلاف ما لو شرط كون الجارية مغنية أو عوادة لا يصح .

وفـرق الصيـمري بينـهمـا بأنها صناعـة مـحظورة ، وتلك أمور تحـدث كالقمار، وهذا فرق لا يقبله ذهنك . انتهى .

فأما اشتـراط الزنا والسرقة ونحوهما ، فـقد خالف الصيمري فـيه غيره فقال : لا يصح اشتراطه .

وقد نقل الوجـهين معًـا الماوردي في « الحاوي » ، وأما المنع فـي المغنية فقال الماوردي أيضًا : إن كـان الغناء مباحًا فيجوز ، و إن كـان محرمًا ـ أي بأن كان بالعود ونحوه ـ فوجهان : أصحهما : المنع .

واعلم أنه قد وقع في « الروضة » التـعبير بالقوادة بالقـاف ، كذا رأيته بخطه كمـا هو مذكـور في النسخ أيضًا ، ولكنك إذا تأملت الفـرق المذكور علمت أن الصواب بالعين كما وقع في الرافعي ، وأن المتجه على هذا القول إلحاق القوادة ـ أعني بالقاف ـ بالسارقة ونحوها .

ولم يذكر في « الروضة » الفـرق المذكور ، واقتصـر على الحكم موهمًا تسلميه .

قوله : وعن ابن عمـر ـ رضي الله عنهما ـ أنه اشتـرى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالربذة (١) . انتهى .

[والربذة قد سبق الكلام عليها في التيمم] (٢) .

قوله : ولو اختلف نتـاج بني فلان فكان فيها أرحـبية ومهرية ومـجيدية.

---

(١) أخرجـه مالك (١٣٣١) والبـخاري معلـقًا والشافـعي (٦٧٨) والدارقطني (٣/ ٦٩) وابن أبي شيبة (٤/ ٣٠٥) والبيهقي في « الكبرى » (١٠٣١١) قال الألباني : إسناده صحيح .

(٢) سقط من أ ، ب .

إلى آخره .

هذه الألفاظ سبق الكلام عليها في الزكاة .

قوله : وأما قول « الوجيز » غير مؤدن ، فإن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ ذكر في « المختصر » : أنه يقوله في السلم في البعير غير مؤدن ، نقي من العيوب ، سبط الخلق ، مجفر الجنبين .

والمؤدن ناقص الخلقة .

والسبط : المديد القامة الوافر الأعضاء .

والمجفر الجنبين : عظيمهما وواسعهما ، واتفق الأصحاب على أن ذكر هذه الأمور ليس بشرط . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن المودن بفتح الدال المهملة وبالنون هو الناقص الخلق السيء العدا .

والسبط قد فسره في « الكتاب » وهو بسين مفتوحة وباء موحدة تسكن وتكسر .

والمجفر بميم مضمومة وجيم ساكنة وفاء مفتوحة .

الثاني : أن دعواه الاتفاق على عدم الاشتراط ليس على إطلاقه ، فقد شرط الماوردي في الإبل والخيل ذكر القد فيقول مربوع أو مشرف .

قوله : ولو ذكر معه الشيات ، كالأغر والمحجل واللطيم كان أولى . انتهى.

الشيات جمع شية وهي كل لون يخالف معظم لون الفرس وغيره ، قال تعالى : ﴿ لَّا شِيَةَ فِيهَا ﴾ [البقرة: ٧١] أي ليست متلونة .

واللطيم من الخيل الذي سالت غرته في أحد شقي وجهه ، يقال منه: لطم الفرس على البناء لما لم يسم فاعله ، قاله الجوهري .

قوله : ومنها الطيور : فيجوز السلم فيها ، وقال في « المهذب » : لا يجوز . انتهى .

ذكر مثله أيضًا في « الروضة » ، وقريبًا منه في « الشرح الصغير » وفيه إشعار بأن غير الشيخ لم يقله ولا سيما من المتقدمين على الشيخ وهو غريب .

فقد نص الشافعي في (البويطي)على المنع فقال ما نصه ولا يجوز السلم في الطير لأنها لا تنضبط بسن ولا ذرع . هذا لفظه بحروفه ومنه نقلت .

نعم : نص الشافعي في غيره على الصحة ، ونقله الروياني وغيره .

قوله : وفي كتب أصحابنا العراقيين اعتبار أمر شائع - أي في اللحم - وهو بيان السمن والهزال . انتهى .

وهذا الشرط نقله أيضًا عنهم في « الشرح الصغير » و«الروضة» وليس فيه تصريح بموافقتهم ولا مخالفتهم ، وقد أهمله الرافعي في ، «المحرر» وكذلك النووي في « المنهاج» ، وفيه إشعار بعدم اعتباره ، ولابد منه فقد نص الشافعي عليه في « البويطي » .

قوله : ولا يلزم قبول الرأس والرجل من الطير والذنب من السمكة. انتهى .

تابعه في « الروضة » على هذه العبارة] [1] وفيها إشعار بأن رأس السمكة يجب قبولها، وليس كذلك فاعلمه ، فقد نص الشافعي في «البويطي» على أنه لا يجب ، فقال ما نصه : ولا بأس بالسلم في الحيتان، ويسمى أجناسها وصغارها وكبارها وأجلها ووزنها ، وحيث يقبض لا يوزن ذنبها ولا رأسها . هذا لفظه .

وجزم ابن الرفعة بذلك ، ولم يتعرض لكلام الرافعي ولا لهذا النص ، ثم حكى فيما إذا كان الحوت صغيرًا وجهًا أنه يجب قبول الرأس والذنب،

(١) سقط من أ .

لأن العادة أكلهما معه .

ثم [قال : والمذهب الأول ، وأيضًا فقد نص الشافعي في « الأم » كما](١) قاله في «المطلب» على أنه: إذا كان على الذنب لحم وجب قبوله .

قوله في أصل « الروضة » : في السلم في الدبس والعسل المصفى بالنار والسكر والفانيد واللبا وجهان استبعد الإمام المنع فيها كلها .

قلت : وممن اختار الصحة في هذه الأشياء : الغزالي وصاحب «التتمة» والله أعلم . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن الأصح في الجميع هو المنع على ما يقتضيه كلام الرافعي .

الثاني : أن في السكر والفانيد طريقة قاطعة بالجواز حكاها الرافعي ، ولم يذكرها في « الروضة » ، ولنذكر عبارة الرافعي ليعرف منه الموضعان فقال : والسمن والدبس والسكر والفانيد كالخبز ، ففي سلمها الوجهان . وأشار الإمام إلى طريقة قاطعة بجواز السلم في السكر والفانيد . هذا لفظه.

ثم قال : وفي اللبا والعسل المصفى بالنار الوجهان .

وهذا الكلام مقتضاه المنع في جميع هذه الأشياء لأنه الصحيح في الخبز.

ويؤيده أن [الأصح] (٢) في باب الربا إلحاق ما دخلته النار للتمييز عما دخلته، للطبخ حتى لا يجوز بيع بعضه ببعض ، فأطلق النووي ذكر الوجهين فقط، ثم حذف هذه الطريقة المنقولة عن الإمام ، وحكى عنه شيئًا آخر .

الثالث : [أن النووي] (٣) صحح في « تصحيح التنبيه » جواز الجميع ، لكنه لم يصرح فيه بالعسل والسمن غير أنه يؤخذ منه ، فإنه لما عدد هذه

---

(١) سقط من أ .

(٢) في جـ : الصحيح .

(٣) في جـ : أنه .

الأشياء جعل ضابطها أن تكون النار لطيفة ، ولاشك أن نار العسل المشار إليه وهو عسل النحل ألطف من نار السكر .

ولم يصرح في غير هذا الكتاب بتصحيح ، فإنه لم يتعرض لذلك في «المنهاج » ، وأما في « الروضة » فكما تقدم .

الرابع : أن ما نقله عن صاحب « التتمة » من تجويز السلم في الخمسة المتقدم غلط ، إنما اختار الجواز في اللبا قبل أن يخلطه باللبن وتطبخ ، أما بعد طبخه ، فلا .

قوله : وتردد صاحب « التقريب » في السلم في الماء ورد لاختلاف تأثير النار فيما يتصعد ويقطر . انتهى .

لم يصحح في « الروضة » شيئًا أيضًا ، والراجح هو الجواز ، فقد قال الروياني : إنه أصح عندي وعند عامة الأصحاب .

قوله : والأكارع كالرؤوس . انتهى .

أهمل شرطًا آخر في الأكارع لم يذكره ، ونبه عليه النووي في «الروضة» ، وهو بيان أنها من الأيدي والأرجل.

قوله : وفي كتاب القاضي ابن كج اعتبار شرط آخر ـ أي لتجويز السلم في الرؤوس على قول ـ ، وهو أن يكون المشافر والمناخر منحاة عنها ، وهذا لا اعتماد عليه . انتهى كلامه .

وما قاله ابن كج قد وافقه عليه الماوردي في المشافر .

قوله : وهل يحتاج في السمن إلى التعرض للحديث والعتيق ، قال الشيخ أبو حامد : لابل العتيق معيب لا يصح السلم فيه .

وقال القاضي أبو الطيب : العتيق المتغير هو المعيب لأكل عتيق ، فيجب البيان . انتهى كلامه .

وفيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن القاضي أبي الطيب ، قد تبعه عليه في «الروضة» أيضًا ، لكن نقل عنه في « الشامل» أنه إن اختلفت القيمة وجب البيان ، وإلا فلا فقال ما نصه : قال القاضي : ونقول حديث أو عتيق إن كان يختلف .

الأمر الثاني : أن النووي لم يصحح شيئًا في « الروضة » أيضًا ، والراجح عند الرافعي : وجوب البيان ، كذا رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : إنه أشبه الوجهين ، ولم يتعرض للمسألة في « المحرر » ولا في « المنهاج » ، وما نقله عن الشيخ أبي حامد من الحكم والتعليل قد نص عليه الشافعي .

والغريب أن الشيخ أبا حامد قد نقله عنه ، فاقتصار الرافعي عليه في غاية العجب .

وقد نقله عنه في « الشامل » فقال : وقال الشيخ أبو حامد : قال الشافعي : إطلاقه يقتضي الحديث ، فإن العتيق معيب ، وإنما يصلح للخراج. انتهى كلامه ، فتلخص من ذلك أنه مذهبنا .

قوله : وليس في الزبد إلا الوزن . انتهى .

تابعه في « الروضة » على أنه لا يصح السلم فيه كيلاً ، بل وزنا ، لكن نص الشافعي في « الأم » على أنه يصح السلم فيه كيلاً ووزنًا .

قوله : ولا يجوز السلم في القز وفيه الدود حيًا ولا ميتًا ، لأنه يمنع معرفة وزن القز ، وبعد خروج الدود يجوز . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » ، وذكر قبل ذلك في أوائل البيع في الكلام على شروط البيع من « زياداته » : جواز بيع القز وفيه الدود وزنًا ، على [خلاف][1] ما جزم به هاهنا من فساد التقدير بالوزن ، وذكرت لفظه هناك.

---

(١) سقط من أ .

وثبت أن الصواب هو المذكور هنا ، وهو المنع فراجعه .

قوله : الخامسة : إذا أسلم في الثياب بين الجنس ثم قال : ويبين الغلظ والرقة والنعومة والخشونة .. إلى آخره.

ذكر في « الشرح الصغير » و« المحرر » : الصفاقة والرقة مع الغلظ والرقة، ولابد من ذلك ، فإن الغلظ والرقة راجعان إلى كيفية[الغزل ، وقد صرح الرافعي بذلك أيضًا قبل هذا بقليل ، والصفاقة والرقة راجعان إلى كيفية][1] النسج .

فالصفاقة : انضمام بعض الخيوط إلى بعض ، مأخوذ من الصفق ، وهو ضرب آلة النسج .

والرقة : تباعدها .

والحاصل : أن هذين الوصفين لابد من التعرض لهما في العقد ، وأن التعبير عنهما بهذه الألفاظ صحيح إلا الرقة ، فإن استعماله فيما ذكر ومغاير للرقة مخالف لما قاله الجوهري ، فإنه قد صرح بأن الدقيق والرقيق خلاف الغليظ على أن الشيخ أبا حامد قد سبق إلى ذكر هذه الألفاظ ، وعبر بعبارة هي أحسن من عبارة الرافعي فقال : الدقة أو الغلظ والصفاقة أو الرقة ، ولم يتعرض في « الروضة » للفظتين الأخيرتين تبعًا لما قاله الرافعي .

قوله : وعن الصيمري أنه يجوز السلم في القميص والسراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضًا وضيقًا وسعة . انتهى كلامه .

وما نقله عن الصيمري من الجواز وأقره ، ولم يذكر في هذا الباب ، بعده ولا قبله ما يخالفه ، قد ذكر في آخر الباب الثاني من أبواب الخلع عكسه، فإنه صرح بعدم جواز السلم فيها ، ولم يحك فيها خلافًا ، وستعرف لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى .

---

(١) سقط من أ .

ووقع الموضعان [في الروضة] [١] كذلك، وذكرها الرافعي في « الشرح الصغير » في الخلع فقط كما ذكرها في « الكبير » ، ولم يذكرها في «المحرر» ، والفتوى على خلاف ما قاله هنا .

قوله : وكل شيء لا يتأتى وزنه بالقبان لكن يوزن بالعرض على الماء . انتهى .

وكيفية الوزن بالماء [ذكرها الرافعي في باب الربا فقال ما نصه : وقد يتأتى الوزن بالماء] [٢] بأن يوضع الشيء في ظرف ، ويلقى على الماء وينظر مقدار غوصه .

قوله : وفي الرصاص يذكر نوعه من قلعى وغيره وفي الصفر من شبه وغيره . انتهى .

الشبه بشين معجمة وباء موحدة مفتوحتين ضرب من النحاس . قاله الجوهري .

قوله : فنقول : السلم في المنافع كتعليم القرآن وغيره جائز ، ذكره الروياني . انتهى .

تابعه في « الروضة » على نقل الجواز عنه من غير مخالفة له ، وهو الصواب على كلام فيه يأتيك إن شاء الله تعالى في باب القرض .

قوله من « زياداته » : ولو أسلم الدراهم في الدنانير أو بالعكس سلمًا حالاً ، فوجهان محكيان في « البيان » ، والأصح المنصوص : المنع . انتهى ملخصًا .

وتوجيه المنع كما قاله في « البيان » : أن لفظ السلم يقتضي تقديم أحد العوضين ، واستحقاق قبضه دون الآخر ، والصرف يقتضي تسليم العوضين

---

(١) سقط من أ ، جـ .

(٢) سقط من جـ .

في المجلس فيصادف أحكامها .

والعجب من نقل هذا الحكم عن « البيان » بدون نقل تعليله عنه ، وفيه غموض ودقة .

نعم نقل الرافعي في أول البـاب في جعل رأس المال دينًا نحوه ، وزاده إيضاحًا فقـال : لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط ، فلو وجد لكان مـتبرعًا به، وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات .

واعلم أن صاحب [البيان] [١] نقل عن الشيخ أبي حامد المنع في هذه المسألة ، وليست كما قـاله ، بل إنما نقله أبو حامد المذكور عن النص ، ثم قال : وعندي أنه يجوز .

قوله : ولا يجوز السلم في الحباب والطساس والطناجير . انتهى .

وأما الحباب بكسر الحاء المهملة وبالبائين الموحدتين فهي جمع حب .

والطساس : بكسر الطاء جمع طس بفتحها ، ويقال فيه : طست بإبدال سينه الثانية تاء .

والطناجير : جمع طنجير بكسر الطاء ، قاله الصنعاني ، قال العسكري في «التلخيص » في كـتاب أسمـاء الأشياء ونعـوتها : هو أعجـمي يضرب فيـه، قالوا : طنجرت الـلحم فهو مطنجـر إذا طبختـه في الطنجيـر ، قال بعضهم: هو الدست .

قوله : كـما يجوز في مـربعات الصرم [وقـطع الجلود وزنًا ، ولا يجوز في الجلود على هيئتها لتفاوتها دقة وغلظًا . انتهى كلامه .

الصـرم :] [٢] بصاد مفتوحة وراء مـهملة ساكنة وفي آخره ميم ، هو

---

(١) في ب : الشامل .

(٢) سقط من أ .

الجلد بلغة فارس . قاله الجوهري ، ولم أرَ هذا كله في « الروضة » .

قوله : وإذا أسلم في التمر بين النوع ... إلى آخره .

أهمل هو والنووي شـرطًا آخر ، وهو كون جـفافه على الـنخل أو بعد الجذاذ ، ولابد منه كما قاله الماوردي فإن الأول أنقى ، والثاني أصفى .

قوله : وفي العسل يبين أنه جبلى أو بلدي .. إلى آخره .

قال الماوردي : ولابد أن يبين أيضًا مرعاه وقُوته ورقته .

قـوله : إحـداهما : ذهـب العراقـيـون إلى اشـتراط الـتعـرض للجـودة والرداءة، وظاهر النص يوافق ما ذكره .

وقال غيرهم : لا حاجة إليه ، وهو الأظهر . انتهى .

ودعواه أن ظاهر النص يوافـقهم غريـب ، فقد نص على اشـتراطه في مواضع من « الأم » نصًا صريحًا ، لا جـرم أن النووي قد اعترض عليه في «الروضة» أيضًا .

قوله : ولا يجوز السلم في الأرز والعلس لاستتارهما بالكمام . انتهى .

وما ذكره هنا في الأرز والعلس ، قـد سبق فيهما مـا يخالفه في الكلام على بيع الثمار فراجعه .

الباب الثاني
في أداء المسلم فيه والعرض

قوله : ويجب تسليم التمر جافاً ، والرطب غير مشدخ . انتهى .

هو بالشين والخاء المعجمتين .

قال في « الأم » : وهو ما لم يترطب مشدخ ، وأراد بذلك أنه عولج بالتغمير ونحوه حتى ترطب ، وهو المسمى بالمعمول في بلاد مصر .

قوله : ولو أتى بالمسلم فيه قبل المحل ، وامتنع المسلم من قبوله فقال الجمهور : إن كان له في الامتناع غرض، كما إذا كان وقت نهب ، أو كان مما يحتاج إلى مكان له مؤنة كالحنطة الكثيرة فلا يجبر على القبول ... إلى آخره .

وهذا الكلام يقتضي أن الحنطة وغيرها من الحبوب إذا كانت قليلة يجبر على قبولها ، وأن الحجارة الكبيرة ونحوها لا إجبار فيها ، لما فيها من مؤنة المكان وهو عكس ما قاله الشافعي في « الأم » ، فإنه قال في باب تعجيل الكتابة ما نصه : قال الشافعي : ولو كاتبه على عرض من العروض ، فإن كان لا يتغير على طول الحبس كالحديد والنحاس والرصاص وغيرها مما لا يتغير على طول الحبس ، وكالدراهم والدنانير يلزم السيد أن يقبلها منه .

ثم قال بعد ذلك : والحنطة والشعير والأرز مما يتغير .

ثم قال : وكل موضع [أجبرت السيد على قبضه من المكاتب] (١) أخبرت فيه رب الدين ، وإلا فلا . انتهى .

ومخالفته لكلام الرافعي واضحة ، وهذا المعنى الذي اعتبره الشافعي من التغيير على طول الزمان لم يتعرض له الرافعي ، ولابد منه فإنه غرض صحيح لا سيما من الذين يطلبون الأسعار في الحبوب ونحوها .

وأما المعنى الذي اعتبره الرافعي من مؤنة الموضع ، فهو حقير في

---

(١) سقط من ب .

الغالب بالنسبة إلى فائدة التعجيل ، فلذلك أهمل الشافعى اعتباره .

قوله : فإن كان للمؤدى غرض فى التعجيل سوى براءة الذمة كفكاك الرهن وبراءة الضامن أجبر على القبول .

ثم قال : وهل يلتحق بهذه الأعذار خوفه من انقطاع الجنس قبل الحلول؟ فيه وجهان ، المذكور منهما فى الكتاب أنه يلتحق . انتهى .

لم يصرح بتصحيح فى « الشرح الصغير » أيضًا ، والأصح ما قاله فى « الوجيز » ، كذا صححه النووي في « الروضة » ولم ينبه على أنه من «زياداته » ، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

قوله : ولو ظفر بالمستقرض في غير مكان الإقراض فأخذ منه القيمة ثم عاد إلى مكان الإقراض فطلب أحدهما رد القيمة والرجوع إلى المثل ، ففي إجابته وجهان ، انتهى ملخصًا .

والأصح عدم الإجابة ، كذا قاله النووي من « زياداته » .

قوله : وكذا فى المسلم يطالب بقيمة بلد العقد إذا جوزنا أخذ قيمته . انتهى .

واطلاقه اعتبار قيمة بلد العقد في السلم ذكره أيضًا في « الشرح الصغير » ، وليس كذلك ، فإن المعتبر فى السلم قيمة الموضع الذي يستحق فيه التسليم ، ثم قد يكون بلد العقد ، وقد يكون غيره ، وقد استدركه عليه في « الروضة » .

قوله : والبكر الفتى من الإبل ، والبازل الذي له ثمان سنين تمامًا . انتهى.

والفتى بفاء مفتوحة وتاء مثناه مكسورة وياء بنقطتين من تحت مشددة وجمعه أفتاء كيتيم وأيتام .

قال الجوهري : وهو خلاف المسن يعني أنه الصغير .

والبازل بالباء الموحدة والزاي المعجمة .

قوله : ويعتبر فى القرض أهلية التبرع ، لأن القرض تبرع أو فيه شائبة

التبرع .

ألا ترى أنه لا يقرض الولى مال الطفل إلا لضرورة . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن إطلاقه منع الولى من إقراض مال الطفل ليس كذلك على ما ذكره في كتاب [الحجر] (١) ، فإنه فصل هناك فجوز للقاضى دون غيره ، لكن فيه كلام يذكر هناك إن شاء الله تعالى فراجعه .

الأمر الثاني : أن الرافعي متردد في أن القرض تبرع محض ، أو فيه شائبة التبرع ؟ .

وجزم بعد هذا فى أثناء الباب بالاحتمال الثاني ، وجزم به أيضًا في كتاب الضمان ، وبالغ في نفي الاحتمال الأول فقال : واعلم أن القول بكون الضمان تبرعًا إنما يظهر حيث لا يثبت [الرجوع] (٢) ، فأما حيث يثبت فهو إقراض لا محض تبرع ، هذا لفظه .

وذكر فى كتاب الوصية نحوه فقال : أما التبرع فهو إزالة الملك عن مال مجانًا .

ووافقه النووي على هذا ، ولكن قال : إنه ينبغي أن يضم إليه ما يدخل فى الاختصاصات ، فيقال عن مال ونحوه .

ثم خالف فى الضمان فقال من « زياداته » : إن القرض تبرع .

قوله : وأما الصيغة ، فالإيجاب لابد منه ، وهو أن يقول : أقرضتك أو أسلفتك أو خذ هذا بمثله ... إلى آخره .

لم يبين هل هذه الصيغ كلها صرائح ،أو بعضها صريح وبعضها كناية .

وظاهر كلامه أن الجميع صرائح ، لكنه قد نص فى البيع على أنه إذا قال : خذ هذا بمثله ، يكون كناية فينبغى هنا كذلك ، وذكر النووي في «الروضة » هذه الصيغ كما ذكرها الرافعي .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قوله : فإن اختلفا في ذكر البدل ، كان القول قول المخاطب . انتهى كلامه .

والتعبير بالمخاطب تعبير ملتبس لا يدرى هل هو بفتح الطاء أو بكسرها، وفتح الطاء هو المراد هنا ،ولهذا عبر في « الروضة » بقوله : الآخذ ، وحكى وجهًا من زياداته أن القول قول الدافع ، قال : وهو متجه.

قوله من « زياداته » : وفي « التتمة » وجه أن الاقتصار على ملكتك، قرض . انتهى .

وما حكاه عن « التتمة » لم أرَ له ذكرًا فيها ، لا في هذا الباب ولا في غيره .

قوله : فأما الجارية المحرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، فلا خلاف فى جواز إقراضها منه . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفى الخلاف ذكره أيضًا في « الشرح الصغير » ، وليس كذلك ، فقد حكي الماوردي في « الحاوي » في قرضها منه ومن المرأة وجهين لأصحابنا [ونسب الجواز إلى البغداديين، والمنع إلى البصريين قال : وعلى رأيهم] (١) يصرف جنسًا لا يجوز إقراضه .

وهذا الموضع قد استدركه أيضًا النووي .

قوله : وما لا يجوز السلم فيه هل يجوز قرضه ؟ إن قلنا : الواجب فى المتقوم القيمة جاز ؛ وإن قلنا : المثل فلا . انتهى .

ومقتضى هذا تصحيح منع قرضه ، لأن الصحيح إيجاب المثل لا القيمة، ويستثني من هذا الإطلاق جزء الدار ، فإنه لا يجوز السلم فيها قطعًا كما صرح به الرافعي وغيره .

ومع هذا فيجوز قرضه ،كما نقله في « المطلب » في كتاب الشفعة عن

---

(١) سقط من أ .

الأصحاب ، وهو مقتضى كلام الرافعي أيضًا هناك ، فإنه قال في أوائل الباب الثاني : ومنها : قال في « التتمة » : « إذا استقرض شقصًا أخذه الشفيع بقيمته .

وإن قلنا : إن المستقرض يرد المثل لأن القرض مبنى على الإرفاق والشفعة ملحقة بالإتلاف هذا لفظه .

فجعل القرض مجزومًا به ، ففرع عليه هذا التفريع الذي نقله عن صاحب « التتمة » ، ولم يرده بل ارتضاه، ثم إنه حكم بجوازه مع قولنا : إنه يرد المثل ، فدل ذلك على استثناء هذه المسألة كما قلناه .

ونص أيضًا على الجواز في الباب الأول من أبواب الشفعة ناقلاً له عن « التتمة » أيضًا ، لكن جزم الماوردي في « الحاوي » بأنه لا يجوز قرض العقار، ويمكن حمله على الدار جميعها، وما قاله أولئك على الجزء فقط.

قوله : وفى إقراض الخبز وجهان كما فى السلم ، وأصحهما عند البغوي : المنع .

واختار ابن الصباغ وغيره : الجواز . انتهى ملخصًا .

زاد في « الروضة » عليه أن صاحب « التتمة » و « المستظهرى » قطعا بجوازه .

إذا علمت ذلك فاعلم أن الراجح فى هذه المسألة هو الجواز ، كذا رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال ما نصه : وفي إقراض الخبز وجهان كما في السلم ، والمختار الجواز للحاجة وإطباق الناس عليه ، هذا لفظه .

وعبارة « الكبير » و « الروضة » تقتضى أن القائلين به أكثر من القائلين بالمنع .

وإذا جوزنا إقراض الخبز ، فقال الدارمي فى « الاستذكار » : إن اتفقا على رد الخبز أو القيمة : جاز ، وإن اختلفا فقال ابن المرزبان : الأولى القيمة .

فإن شرط عليه رد الخبز فوجهان قالهما ابن القطان .

قوله من « زياداته » : وفى فتاوى القاضي : أنه لا يجوز إقراض الروبة لأنها تختلف بالحموضة ، قال : ولا يجوز إقراض المنافع ، لأنه لا يجوز السلم فيها . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن الروبة براء مهملة مضمومة وبعدها واو ساكنة ثم باء موحدة مفتوحة وهى الخميرة التي تلقى من اللبن الحامض على اللبن الحليب ليروب ، قاله الجوهرى .

الثانى : أن ما نقله عن فتاوى القاضي من امتناع قرض المنافع وأقره عليه هو موجود فى « فتاويه » قبيل الإجارة وبعد القراض ، لكن صرح المتولى أيضًا فى هذا الباب بجواز قرض المنافع فقال : السادسة : إقراض المنافع جائز عندنا حتى إذا قال : أقرضتك منفعة عبدى أو دارى شهرًا وسلم العين صار مستحقًا للمنافع يتصرف فيها على حسب اختياره ، هذا لفظه .

فتعبيره بقوله : (عندنا) يقتضى نقله عن المذهب وشهرته فيه .

وسأذكر أيضًا ما يوضح ترجيحه .

الثالث : أن ما نقله أيضًا عن القاضى [فى الفتاوى المذكورة من امتناع قرض المنافع قد رأيته أيضًا مصرحًا به فى كتاب الغصب من كتابه المسمى «بالإشراف» ، ثم فرع على ذلك فقال فلو قال أقرضتك منافع هذه الدار

احتمل أن يكون إباحة .

الأمر الرابع : أن ما حكاه عنه] (١) فى تعليل امتناع القرض بامتناع السلم وأقره عليه ، واقتضى كلامه الاتفاق عليه عجيب ، فقد جزم الرافعي فى الإجارة بالجواز ، فقال : إنه يجوز إيرادها على المنافع الكائنة فى الذمة بلفظ السلم ، ويكون سلمًا ، ونص عليه الشافعي ، وقد ذكره الرافعي أيضًا في كتاب السلم نقلاً عن الروياني ولم يخالفه ، وتقدم ذكر لفظه هناك فراجعه .

وإذا بطل مستنده فى امتناع القرض ، وهو امتناع السلم لزم أن يكون الصواب هو الجواز كما تقدمت الإشارة إليه .

وذكر القاضى الحسين فى باب الغصب من تعليقه أن منافع الدور لا يصح السلم فيها .

قلت : وسببه أن اختلاف الغرض لمكانها يوجب بالضرورة تعيين الدار، وإذا عين صار نظير السلم فى ثمرة نخلة معينة أو قرية صغيرة ، وهو باطل ، لأن انقطاعه لا يؤمن .

وهكذا القول فى منفعة سائر الأعيان بخلاف المنافع الكائنة في الذمة كالخياطة ونحوها ، فتعين حمل المنع على الأول ، والجواز على الثانى ، ولا خلاف ولا اختلاف ، ويكون الجواز فى المعين مستثنى .

قوله في أصل « الروضة » : ولو أقرضه بلا شرط فرد أجود أو أكثر أو ببلد آخر جاز ، ولا فرق بين الربوى وغيره ، ولا بين الرجل المشهور برد الزيادة وغيره على الصحيح فيها . انتهى كلامه .

ومدلوله أن الوجه المحكي هو في جواز قبول الزيادة ، فأما في الربوي فصحيح .

---

(١) سقط من أ ، جـ .

وأما الوجه في المشهور برد الزيادة فهـو في صحة إقراضه ، كذا حكاه الرافعي ، وما قاله في « الروضة » سهو .

قوله : الثانية : يجوز أن يقرضه بشرط الرهن والكفيل ، وكذا بشرط أن يشهد أو يقر به عند الحاكم ، انتهى .

لقائل أن يقـول : ما فائدة هذا الشـرط حتي يحكم بصحـته ،لأنه لا يجب على المقـترض الوفاء بما شـرط عليه من الرهن وغـيره ، ولا يجب أيضًا على المشروط كفالته أن يتكفل ، وقد صرحوا بذلك في البيع المشروط فيـه هذه الأمور ، وإنما صـححنا هذه الشروط في البـيع ، لأن فيـه فائدة وهى الفسخ على تقـدير أن لا يحصل سواء كان الثمن حـالاً أو مؤجلاً ، ثم يأخذ العين إن كانت باقية وقيمتها إن كانت تالفة ، وأما المقرض فيجوز له فى كل وقت أن يرجع .

قوله : لا شك أن المستقرض يتملك ما استقرضه . انتهى كلامه .

وهو يقتضى أنه لا خـلاف فيه ، وليس كذلك فـقد حكي الخوري في «شرح المختصر » قولاً : أنه لا يملكه وإنما سلطه المقرض على إتلافه .

قال : وهذا هو المحفوظ للشافعى .

قـوله : فى أصل « الروضـة » : وإن قلنا يملك بالتـصرف ، فـمـعناه إذا تصرف فتبين ثبوت ملكه انتهى كلامه .

وليس فيه بيـان الوقت الذي يملك فيه ، وقد جـزم الرافعي ها هنا بأنه قبيل التصرف ، فإنه عبر بقوله : قبيله .

وحكي ـ أعني الرافعي ـ في الكلام على الزكاة المعجلة عن الإمام بحثًا آخر فقال : **ينقدح فيه أمران :**

أحدهما : [هذا .

والثـــانى : أن يستند الملك إلى حالة القـبض ، وقد صرح الغزالي في «البسيط » هنا بحكايته وجهًا .

قـــوله :] [(١)] وإذا فرعنا عـلى الوجه الأول ، وهو أن المراد بالتـصرف الذي يتـوقف عليـه الملك على القول الـضعـيف وهو المزيل للملك ، فـهل يكفي البيع بشرط الخيار؟ إن قلنا : إنه لا يزيل الملك فلا .

وإن قلنا أنه يزيل فوجهان . انتهى كلامه .

واعلم أن خيار المجلس هل يمنع نقل [الملك] [(٢)] أم لا ؟ فيه الخلاف فى خيـار الشرط ، فجـزمهم بأن البيع يكفى بدون خـيار الشرط يقـتضي الجزم به مع خيار المجلس أيضًا ، وما الفرق بين خيار المجلس والشرط ؟

قـوله : ولو استـقـرض من يعتق عليـه لم يعـتق على القـول بأنه يملكه بالتصرف .

قال صاحب « التهذيب : ويجوز أن يقال : يعتق عليه [ويحكم بالملك قبيله . انتهى .

وما حكاه الرافعي احتـمالاً فقط قد جزم به] [(٣)] صاحب « التـتمة » وقال : وجهًا واحـدًا ، لأنه لو كان عبدًا أجنبيًا وأعتـقه نفذ ، وكل سبب يفيد اعتبار عتق الأجنبي يفيد عتق القريب .

قـوله في أصل « الروضـة » : وإن اقـتـرض متـقـومًـا ، فـالأصح عند الأكثرين : أنه يرد مثله من حيث الصـورة ، والثاني : يرد القيمة يوم القبض إن قلنا : يملك به ، وإن قلنا بالتصرف فوجهان :

أحدهما : كذلك .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : الشرط .

(٣) سقط من أ .

والثاني : تجب قيمته أكثر ما كان من القبض إلى التصرف . انتهى كلامه .

والصحيح من هذين الوجهين هو الوجه الثاني وهو وجوب الأكثر . كذا صححه هو - أعني النووي - في « نكت الوسيط » ، وصححه أيضًا الرافعي في شرحيه « الكبير » و « الصغير » معًا فقال : فإن قلنا بالأول - أي وجوب القيمة - فالاعتبار بقيمة يوم القبض ، إن قلنا : يملك القرض بالقبض .

فإن قلنا : يملك بالتصرف فالأكثر من يوم القبض إلى يوم التصرف ، وفيه وجه أن الاعتبار بيوم القبض ، هذا لفظ الرافعي في « الكبير » بحروفه .

وقد ذكر في « الصغير » مثله أيضًا ، فعدل النووي عنه ، وحكي وجهين من غير ترجيح ، وكأنه والله أعلم وقعت له هنا نسخة سقيمة فاختصر منها ، ومحل هذه المسألة فى الرافعي قبيل هذا الموضع ، ولكن نقله النووي إلى هنا .

كتاب الرهن

[وفيه أربعة أبواب] (١)

الأول : فى أركانه

قوله : ورهن رسول الله ﷺ درعه من يهودي فتوفي وهى مرهونة عنده(٢) . انتهى .

قال الماوردي : اختلف الناس في فكاك الدرع ، فقال قوم : افتكه قبل موته ، لأنه عليه الصلاة والسلام يقول : « **نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى** » (٣) . وهذه صفة تنتفى عنه ﷺ .

وقال آخرون ـ وهو الصحيح ـ : « أنه مات قبل فكاكه ، فقال : فعلى هذا يكون قوله : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي » محمولاً على من مات ولم يترك وفاءًا .

قوله : أما الدين ففي جواز رهنه وجهان : أصحهما : المنع . لأن الدين غير مقدور على تسليمه . انتهى .

والقول بالجواز شرطه أن يكون على ملي ، كذا نقله النووي فى «نكت الوسيط » عن « الانتصار » لابن عصرون وأقره .

قوله : ولو رهن نصيبه من بيت معين من الدار المشتركة بغير إذن

---

(١) سقط من أ ، جـ .

(٢) أخرجه البخاري (١٩٦١) ومسلم (١٦٠٣) من حديث عائشه رضي الله عنها .

(٣) أخرجه الترمذي (١٠٧٩) وابن ماجه (٢٤١٣) وأحمد (٩٦٧٧) والدارمي (٢٥٩١) وابن حبان (٣٠٦١) والحاكم (٢٢١٩) والشافعي (١٦٦٣) والطيالسي (٢٣٩٠) من حديث أبي هريرة .

قال الترمذي : حديث حسن .

وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي .

وقال الألباني : صحيح .

شريكه فوجهان : أصحهما عند الإمام : أنه يصح .

وأرجحهما عند البغوي : أنه لا يصح . انتهى ملخصًا .

والراجح علي ما يقتضيه كلام « الروضة » : هو الصحة ، فإنه قال من «زياداته » : قد وافق الإمام على تصحيح صحته الغزالى في « البسيط» وصاحب « التتمة » وغيرهما .

وكلام الرافعي أيضًا في « الشرح الصغير » يشعر به ، فإنه نقل تصحيح الإمام واقتصر عليه .

قوله : والظاهر جواز رهن المسلم من الكافر ، ورهن المصحف منه يترتب على رهن العبد ، ورهن السلاح من الحربي يترتب على بيعه منه . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا وفيه أمور :

أحدها : أنه لم يبين كيفية الترتيب هنا ، والمراد أنا إن أبطلنا رهن العبد فرهن المصحف أولى ، وإن صححنا فوجهان .

فيكون المصحف أولى بالبطلان من العبد لا العكس ، وقد صرحوا في البيع بذلك .

وأما ترتيب رهن السلاح من الحربى على بيعه منه فواضح ، يعلم مما تقدم .

الثاني : أنه ليس فيه بيان الصحيح في رهن المصحف ، والصحيح جوازه كما صححه النووي في « الروضة » ولم ينبه علي أنه من « زياداته » ، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

الثالث : أن هذا الكلام جميعه إنما هو فى الصحة ، كما تقدم التعبير به .

وأما الجواز فقال النووي في « زيادات الروضة » إن المذكور في «تهذيب المقدسي » وغيره : أنه حرام .

قال : وفي كتاب الجزية من « تهذيب البغوي » : أنه مكروه .

قوله فى الكلام علي ألفاظ « الوجيز » ، وفي العبارة المذكورة لترجمة هذا الشرط ـ يعني الشرط الثاني ـ نظر . انتهى .

لم يبين وجه النظر ، وقد أوضحه في « الشرح الصغير » فقال : وقول الغزالي في ترجمة الشرط الثاني أنه لا يمتنع إثبات يد المرتهن عليه ليكن المراد منه في الدوام .

وأما في الابتداء بقدر ما يلزم الراهن فامتناعه علي الخلاف .

قوله : والتفريق بين الأم وولدها الصغير ممنوع ، فلو رهن أحدهما دون الآخر جاز ، ويباعان معًا ، ويوزع الثمن علي قيمتهما ، وكيفية التوزيع مبنية على مقدمة ، وهى ما إذا رهن أرضًا بيضاء ثم نبت فيها نخل فللأرض حالان :

أحدهما : أن يرهنها ثم يدفن النوى .

والثاني : أن يكون مدفونًا في الأرض يوم الرهن ، فإذا بيعت الأرض مع النخيل وزع الثمن عليهما ، والمعتبر في الحال الأول قيمة الأرض فارغة، وفي الحال الثاني قيمة أرض مشغولة .

وفي كيفية اعتبار قيمة الأشجار وجهان نقلهما الإمام في الحالين : أظهرهما : أن الأرض تقوم وحدها،فإذا قيل : هى مائة قومت مع الأشجار.

فإذا قيل : هى مائة وعشرون فالزيادة بسبب الأشجار عشرون وهى سدس المائة والعشرين ، فيراعي في ثمنها نسبة الأسداس .

والثانى : أنا كما قومنا الأرض وحدها ، نقوم الأشجار وحدها نابتة .

فإذا قيل : هي خمسون عرفنا أن النسبة بالأثلاث، ثم قال : عدنا إلى مسألة الأم والولد ، فإذا بيعا معًا وأردنا التوزيع قال الإمام : فيه طريقان :

أحدهما : أن التوزيع عليهما كالتوزيع على الأرض والأشجار ، فتعتبر قيمة الأم وحدها ، وفى الولد الوجهان .

والثانى : أن الأم لا تقوم وحدها ، بل تقوم مع الولد خاصة ، لأنها رهنت وهى ذات ولد ، والأرض رهنت بلا أشجار ، وهذا ما أورده الأكثرون . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن المراد بالطريق الثاني التي نقلها عن الأكثرين ، وهى أن الأم لا تقوم وحدها ، بل مع الولد إنما هو تقويمها موصوفة ، بأنها ذات ولد ، وليس المراد تقويم المجموع قطعًا ، لأنا نريد أن نعرف قيمة الأم ، ولا سبيل إلى ذلك إلا بمعرفة قيمتها دون ولدها ، ثم يجيء بعد ذلك الوجهان فى أنا هل نقوم المجموع أم الولد وحده ؟

وقد أوضحه في « المحرر » فقال : والأظهر فى كيفية التوزيع أن تقوم الأم وحدها ثم مع الولد ، هذا كلامه ، إلا أنه أراد بالوحدة خلاف المجموع ، وأراد به في [الشرع] (١) الخلو عن الحضانة فاعلمه .

وعلى هذا فمراده بقوله في الطريق الأول : فتعتبر قيمة الأم وحدها أي خلية عن الحضانة أيضًا ، هذا كله متعين لا شك فيه ، لكنه قد ذكر في الطريق الأول أن التوزيع عليهما كالتوزيع علي الأرض والشجر ، وقد تقدم في الأرض أن المعتبر قيمتها مشغولة ، فكيف يفرع على هذا اعتبار خلو الأم عن الولد ، لا سيما وقد عبر في الأرض المشغولة بقوله : أظهرهما : تقوم الأرض وحدها ـ أعنى بصيغة وحدها ـ وهو يقتضى عوده فى التفريع ، وهو فاسد بلا شك إلا أن يلتزم أن مراده بصيغة وحدها

(١) في جـ : الشرح الصغير .

المذكورة فى الأرض مقابل المجموع ، وبالموضعين المذكورين فى الولد والأم الخلو عن الحضانة ، وأن المراد بشغل الأرض إنما هو الشغل بالنوى .

فيحنئذ يصح أن تعتبر قيمة الأم خلية عن الأولاد ، وإن فرعنا على أن التوزيع كالتوزيع على الأرض والشجر ، لكنه خلاف المنقول ، فإن الماوردي والمحاملي وغيرهما قد صرحوا بأن الأرض إذا رهنت وفيها نوى ثم أخرجت نخلاً ، أنها تقوم ذات نخل ، وبالجملة فلا شك في اشتمال هذا الكلام على خلل .

الأمر الثانى : أن هذا الحكم الذي ذكره الرافعي ، وهو تقويم الأم وحدها إنما يأتى إذا كان المرهون هو الأم ، حتى لو رهن الولد انعكس الأمر ، والمسألة قد فرضها هو فى رهن أحدهما كما تقدم فراجع لفظه .

وهذا الاعتراض وارد على « الروضة » أيضًا و « المحرر » و «المنهاج»، وكذلك على « الحاوي الصغير » ، فإنه قال : وإن رهن واحد وزع بقيمتها وقيمتهما أي إذا رهن واحد من الأم أو الولد وزع بقيمة الأم وبقيمتهما .

والسبب فى وقوع هذا الاعتراض الفاحش فى هذه الكتب ، أن الغزالى في « الوجيز » مثل برهن الأم ، فلما شرحه الرافعي التفت إليه ومشى على حكم المثال بعد أن ذكر هو لفظًا عامًا ، ولم يمثل به فلزم وقوع ذلك فيه ، وفي فروعه المتقدم ذكرها .

الأمر الثالث : أنا إذا فرعنا على أنه يقوم الولد أيضًا ، فقال الغزالى : إنه يقوم منفردًا .

قال الرافعي : والوجه ما نقله الإمام أنه يقوم الولد محضونًا مكفولاً، كما قومنا في نظيره من الأشجار أنها تقوم ثابتة لا مقلوعة ، ثم إن النووي في « الروضة » لما حكي الوجه الثاني في الأشجار لم يقيدها بكونها ثابتة، ثم أحال رهن الأم على ما تقدم في رهن الشجر ، فلزم أن يقوم الولد

منفردًا إذا فرعنا على ذلك الوجه ، وهو خلاف ما رجحه الرافعي ، والعجب من حذف النووي ذلك .

قوله : إذا رهن ما يسارع إليه الفاسد بدين حال ، فإن بيع في الدين أو قضي من موضع آخر فذاك ، وإلا بيع وجعل الثمن رهنًا .

فلو تركه المرتهن حتى فسد ، قال في « التهذيب » : إن كان الراهن أذن له فى بيعه ضمن ، وإلا فلا .

ويجوز أن يقال : عليه الرفع إلى القاضي ليبيعه . انتهى .

قال في « الروضة » : هذا الاحتمال الذي قاله الرافعي قوى أو متعين. انتهى .

وفيما قاله أمران :

أحدهما : أن إذن الراهن للمرتهن في بيع السلعة لا يصح على الصحيح إلا إذا باع والمالك حاضر فينبغى حمل هذا عليه .

الثانى : أن هذا الاحتمال الذي ذكره الرافعي وقواه النووي ، راجع إلى قول صاحب « التهذيب » : أنه إذا لم يأذن الراهن في البيع لا يضمن ، وهو الذي فهمه النووي أيضًا ، فإنه قال في « الروضة » عقب ذكره أنه قوي أو متعين ما نصه : وقد قال صاحب « التتمة » في هذه الصورة إن سكتا حتى فسد ، [أو طلب المرتهن بيعه فامتنع الراهن ، فهو من ضمان الراهن] (١) .

وإن طلب الراهن بيعه فامتنع المرتهن ، فهو من ضمان المرتهن . هذا كلامه .

وهو صريح في إرادة المسألة الثانية غير أنه مخصوص بما إذا لم تكن

---

(١) سقط من أ .

مراجعة الرهن ؛ فإن أمكنت مراجعته لم يكن للقاضى أن يبيع ، وفهم ابن الرفعة أنه عائد إلى قول البغوي : أنه إذا أذن له ضمن وعلى هذا فمعناه أنه إذا أذن له في بيعه فلم يفعله فعليه أن يرفع الأمر إلى القاضي .

ثم قال : ويجوز أن يقال : لا يضمن ، لأن البيع لا يجب عليه .

قال : بل الولى مع كونه يجب عليه عمارة عقار الطفل ، فى وجوب الضمان عليه وجهان إذا أهمله .

قوله في المسألة : وإن لم يشترط هذا ولا ذاك ـ يعنى بيع ما يتسارع إليه الفساد ـ ولا عدم بيعه ، فقولان أصحهما عند أصحابنا العراقيين : أنه لا يصح ، وميل من سواهم إلى الصحة ، وهو الموافق لنصه في « المختصر » انتهى ملخصًا .

وهذا الكلام ليس فيه تصريح بتصحيح واحد من القولين ، وقد اختلف كلامه فى الأصح منهما ، فقال في « الشرح الصغير » ما نصه : أظهرهما عند الأكثرين ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد : يصح الرهن ويباع عند الإشراف على الفساد . انتهى لفظه بحروفه .

وقال في « المحرر » ما نصه : وإن لم يشترط لا هذا ولا ذاك لم يصح الرهن في أصح القولين انتهي كلامه .

والفتوى على الصحة على خلاف ما في « المحرر » لنقل الرافعي إياه في « الشرح الصغير » عن الأكثرين .

ولم يصرح النووي في « الروضة » بتصحيح ، غير أنه نقل من «زياداته» أن الرافعي في « المحرر » صحح البطلان واقتصر عليه ، وأقر الشيخ في «التنبيه » على تصحيح البطلان ، ولم يستدركه في تصحيحه ، وهو يشعر برجحان المنع عنده ، وقد تقدم أن الأمر على خلافه فاعلمه .

قوله : ولو طرأ قبـل القبض ما عرضه للفسـاد، ففى الانفسـاخ وجهان كما في حدوث الموت والجنون . انتهى .

والصحيـح :عدم الانفساخ ، فقـد جزم في « المحرر » بما يقتـضينه ، وقال النووي في « زيادات الروضة » : إنه الأرجح ، والمراد بحدوث الموت والجنون أي فى العاقد فاعلمه فإن فيه خلافًا يأتى في الباب الثاني .

قوله : الثـانية : رهن العبـد الجانى مرتب عـلى بيعه ، إن لـم يصح بيـعه فرهنه أولى ، وإلا فقولان ... إلى آخره .

وهذا الكلام يؤخذ منه رجحـان امتناع رهنه إذا كانت الجناية خطأ لأن الراجح امتناع بيعه .

وأما حيث يجـوز بيعه ، وهو ما إذا كانت الجنـاية عمدًا ، فلم يرجح هو ولا النووي في « الروضة » شيئًا .

والصحيح الجواز ، كذا ذكره في « المحرر » فقال : ورهن العبد المرتد والجاني كبيعهما ، هذا لفظه .

والصحيح : جواز البيع ، فيكون الرهن كذلك .

قولـه : فإن صحـحنا رهنه ، فـقال المسـعودى والإمام : يـكون مخـتاراً للفداء كما لو باعه .

وقال ابن الصباغ : لا يلزمه الفداء بخلاف البيع ، لأن محل الجناية باقى هنا ، والجناية لا تنافي الرهن . انتهي .

فيه أمران :

أحـدهـمـا : أن الراجح عدم الوجـوب ، بل يكون مخـيرًا بينه وبين التسليم ليباع ، كذا نقله النووي من « زياداته » عن الأكثرين .

الثـاني : أن الرافعي ذكر في كتاب النكاح وجهين في جواز تزويج الجارية الجانية ، وصحح النووي من زياداته الجواز ، وجزم هو والرافعي بأنا إذا صححنا يكون ملتزمًا للفداء ، وهو مشكل على هذه المسألة والقياس التسوية .

قوله : ولو رهن الثمرة قبل بدو الصلاح بدين مؤجل [يحل][1] قبل الإدراك فقولان : أصحهما : البطلان ، لأن العادة في الثمار الإبقاء إلى الإدراك ، فصار كما لو رهن شيئًا على أن لا يبيعه عند المحل .

وإن شرط القطع عند المحل فقيل : يصح قطعًا ، وإليه أشار الشيخ أبو حامد وصاحب « التهذيب » ، وقيل : على القولين : انتهى ملخصًا .

والصحيح طريقة القطع ، كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : والأظهر القطع بالجواز . هذا لفظه .

وصحح النووي في « زيادات الروضة » الجواز فقال : إنه المذهب ، ولم يصرح بالأصح من الطريقين .

قوله : وإن استعار شيئًا ليرهنه فتلف في يده ، فأطلق الغزالي أنه يضمن لأنه مستعير .

وقال الشيخ أبو حامد : إذا قلنا : إنه ضمان فلا شيء عليه . انتهى ملخصًا .

لم يصح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا ، والمذهب الضمان ، كذا قاله النووي من « زياداته » ، ولا ذكر للمسألة في « المحرر » ولا في «المنهاج » ، وظاهر سياق الرافعي أن محل القولين في ما بعد الرهن .

وحينئذ فما سلكنا به مسلك الضمان مطلقًا ، ولا مسلك العارية مطلقًا .

---

(١) سقط من أ .

وأيضًا فلو تلف في يد المستعير قبل الرهن أو بعده وقبل القبض هل يضمن أم يتخرج على القولين ؟ .

قوله : ومنها إذا قلنا : إنه ضمان وجب بيان جنس الدين ... إلى آخره.

سكت عن التفريع على القول بأنه عارية ، قال في « الروضة » : وإذا قلنا به فله أن يرهن عند الإطلاق بأي جنس شاء وبالحال والمؤجل .

قال في « التتمة » : لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته لأن فيه ضررًا . قال: ولو أذن في حال فرهن بمؤجل لم يصح كعكسه ، لأنه قد لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل ، ولو استعار ليرهن عند واحد فرهن عند اثنين أو بالعكس لم يجز على الأصح ، كذا نقله الرافعي في آخر الباب الثالث ، وعلله فاعلمه .

قوله : الركن الثاني : المرهون به ، وله ثلاثة شروط : أحدها : أن يكون دينًا ثابتًا لازمًا ... إلى آخره .

تابعه على ذلك في « الروضة » وقد أهمل شرطًا رابعًا ،وهو أن يكون معلومًا لكل منهما ، كذا رأيته في « شرائط الأحكام » لابن عبدان ، وجزم به ابن الرفعة في « الكفاية » ناقلاً له عن « الاستقصاء » ، ورأيت في « المعين على مقتضي الدين » لأبي خلف الطبري أحد أصحاب القفال نحوه أيضًا فقال : الخامس : أن يكون الحق الذي يرهن فيه الرهن يكون معلوم المقدار .

ثم قال : والسابع : يجب أن تكون مدة حبس الرهن معلومة ، وغاية فكه محدودة ، لأنه إذا كانت مجهولة لا يصح الرهن . هذا لفظه بحروفه . وكأنه أراد بالسابع أن يكون الأجل معلومًا .

قوله : ولو امتزج الرهن وسبب ثبوت الدين ، بأن قال : بعتك هذا

بألف وارتهنت بها عندك، فقال : اشتريت ورهنت، أو قال : أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك، فقال : استقرضت ورهنت صح الرهن على الأصح ، وهو ظاهر النص ولو قال البائع : ارتهنت وبعت وقال المشترى : اشتريت ورهنت لم يصح، لتقدم أحد شقي الرهن على شقي البيع .

وكذا لو قال : رهنت وبعت . وقال المشترى : رهنت واشتريت لتقدم شقى الرهن معًا على أحد شقي البيع فالشرط أن يقع أحد شقي الرهن بين شقي البيع ، والآخر بعد الشقين معًا . انتهى .

وهذا الضابط الذي ذكره في آخر كلامه ، واقتضاه كلامه قبل ذلك أيضًا قد تابعه عليه في « الروضة » ، وهو مخالف لما ذكراه في نظير المسألة، وهو مزج البيع بالكتابة ، فإن حاصله تجويز المقارنة وغيرها وسيأتيك ذلك واضحًا في أوائل باب الكتابة فراجعه .

قوله : ولو قال البائع : بعتك بكذا على أن ترهنى دارك به، فقال المشترى : اشتريت ورهنت، فوجهان : قال بعضهم : يتم العقد بما جرى .

وذكر في « التتمة » أنه ظاهر النص ، وقال القاضي لا يتم بل يشترط أن يقول بعده : ارتهنت أو قبلت، لأن الذي وجد منه إنما هو شرط إيجاب الرهن لا استحبابه ، وهذا أصح عند صاحب « التهذيب » ... إلى آخره .

ذكر في « الروضة » مثله أيضًا ، والراجح هو الاكتفاء فإنه المشهور عند الأصحاب ، كذا ذكره الإمام في « النهاية » في أول كتاب الرهن مع أنه ذكر هنا أن المحققين على أنه لا يكفي .

قوله : قال الإمام : وجواز الرهن بالثمن في مدة الخيار مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع ، فإن منعه فالظاهر منع الرهن لوقوعه قبل ثبوت الدين . انتهى كلامه .

وتعبير الإمام بالظاهر في هذه الحالة يشعر بخلاف] في المسألة وهو

صحيح، وسببه : اختلافهم فيما لم يجب ولكن جري سبب] [١] وجوبه .

قوله : وإن كان الأصل في وضع الدين هو الجواز كالجعل في الجعالة فوجهان : أصحهما : لا يصح الرهن ، وموضع الوجهين ما بعد الشروع في العمل وقبل تمامه ، أما قبل الشروع فلأنه لا ثبوت للجعل بحال ، وأما بعد الفراغ فلأنه لازم .

ثم قال ما نصه : [ثم لبان أن يبنى] [٢] الوجهين على الوجهين في جواز رجوع المالك بعد الشروعً في العمل ، ويقول : إن لم نجوز الرجوع فقد لزم الجعل من قبله فيصح الرهن به ، وإن جوزناه لم يصح الرهن به . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ظاهر كلام كثير من الأصحاب أو أكثرهم أن الخلاف بعد العمل ، هكذا قاله في « الروضة »، وإجراء الخلاف في هذه الحالة صحيح، وسببه اختلافهم في ما لم يجب ، ولكن جرى سبب وجوبه ، وادعي في «الروضة » أن الصواب [ما قاله الرافعي ذهولاً عن هذا التوجيه، وليس كذلك بل الصواب طريقة إجراء الخلاف مطلقًا . وأما تقييد الخلاف] [٣]، فذكره القاضي حسين ثم البغوي ثم الرافعي ، وتحصل من مجموع ذلك ثلاثة أوجه .

الأمر الثاني : وقد نبه عليه بعضهم : أنه لو صح ما قاله الرافعي من البناء لكان الأصح جواز الرهن ، وليس كذلك .

وأيضًا فلا خلاف في جواز الرجوع ، وإنما الخلاف في أثر الرجوع ، فقيل : لا يستحق شيئًا .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في جـ : ولك أن تبني .

(٣) سقط من أ .

وحينئذ فلا يصح الرهن ، وقيل : يستحق القسط من المسمى ، وحينئذ فإن علم صح .

وقيل : يستحق أجرة مثل ما عمل ، وهو الصحيح ، وعلى هذا قد يقال : إن هذا إنما يجب بعد الرجوع أما قبله فالأمر ينتهى إلى استحقاق المسمى فلا يصح .

ويحتمل أن يقال : استحق بدل عمله إما من المسمى بقسطه وإما أجرة مثله . وعلى كلا الاحتمالين يبعد تصحيح الرهن أما على الأول فلأنه لم يستحق .

وأما على الثاني فلأن المستحق لم يتعين ، وأيضًا بتقدير هذا كله فلا يصح ضمان الجميع على مقتضى ما قاله من البناء ، مع أن كلامه فيه - أعني في الجميع -

قال ابن الرفعة : وصور البندنيجى المسألة بما إذا قال : من جاء بعبدى الآبق فله دينار ، فقال له رجل : أعطني به رهنًا وأنا آتيك به ، ولو قال: إن رددت عبدي الفلاني فلك كذا ، وهذا رهن به فهو بمعناه بلا شك . أما لو قال : من جاء بعبدي الفلاني فله دينار وهذا رهن به ، فهل يقال : لا يصح الرهن لكون المرتهن غير معين ، أو يصح ويسقط القبول في الرهن تبعًا لمال الجعالة ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول .

قوله : فرع :

لا يجوز رهن الملاك بالزكاة ، والعاقلة بالدية قبل تمام الحول لفوات الشرط الثاني . انتهي لفظه بحروفه .

ومقتضي هذا الكلام صحة الرهن بالزكاة بعد تمام الحول ، وكيف يصح مع أن الزكاة تجب في العين بحيث يكون الفقراء شركاء رب المال . ولا شيء في ذمة المالك ، وشرط الرهن أن يكون على دين ، وقد يأول

بأن التقييد بما قبل الحول راجع إلى المسألة الثانية ، وهي مسألة العاقلة ، وقد ذكروا في الضمان ما يقتضي الصحة أيضًا كما سأذكره هناك ، وهو ضعيف التأويل .

قوله : فما جاز الرهن به جاز ضمانه ، وكذا عكسه إلا ضمان العهدة فإنه جائز ، ولا يجوز الرهن به على الصحيح . انتهى .

تستثنى أيضًا الأعيان المغصوبة ، فإن ضمانها يصح دون الرهن على الصحيح .

وقد استثناه في « الروضة » ، واعلم أن النووي في « الروضة » هنا قد جعل الخلاف في ضمان العهدة وجهين ، وصرح في كتاب الضمان تبعًا للرافعي بقولين ، وعنده أن عدم الصحة يتخرج على أن الرافعي هنا لم يبين هل هو قولان أو وجهان ؟ .

قوله : رهن شيئًا بعشرة ، ثم استقرض عشرة ليكون رهنًا بهما ، وأشهد شاهدين أنه مرهون بالعشرين ، فإن لم يعلم الشاهدان الحال شهدا بما يسمعا، وحكم الحاكم بأنه مرهون بالعشرين .

نعم لو قال عند الإشهاد : كان مرهونًا بعشرة فجعلته رهنًا بعشرين ، ونقل الشاهدان ما سمعا ، فهل يحكم بكونه رهنًا بالعشرين إذا كان الحاكم ممن يذهب إلى القول الجديد ؟

حكى الإمام عن صاحب « التقريب » فيه وجهين ، وإن عرفا الحال فإن كانا يعتقدان جواز الإلحاق ، فهل لهما أن يشهدا بأنه رهن بالعشرين أم عليهما بيان الحال ؟ وجهان .

وإن كانا يعتقدان منع الإلحاق لم يشهدا إلا بما جرى باطنًا ، وفيه شيء بعيد .

وهذا التفصيل فيما إذا شهدا بنفس الرهن ، وفيه صور الجمهور ، فإن شهدا على إقرار الراهن فالوجه تجويزه مطلقًا . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » قد اختصر أوائل هذا الكلام اختصارًا فاسدًا سببه إسقاط شيء منه ، فإنه قال : فرع : رهن بعشرة، ثم استقرض عشرة ليكون رهنًا بهما ، وأشهد شاهدين أنه مرهون بالعشرين ، فإن لم يعلم الشاهدان الحال ونقلا ما سمعا، فهل يحكم بكونه رهنًا بالعشرين إذا كان الحاكم يعتقد القول الجديد ؟ وجهان . هذا لفظه .

فأسقط ما وقع بعد لفظ الحال إلى قوله : ونقلا ، فاجمع بينه وبين كلام الرافعي . وتأمله .

الأمر الثاني : أن الأصح من الخلاف الثاني منع الشاهدين من الشهادة بذلك ، كذا صححه النووي من « زياداته » ، وعلله بأن الاجتهاد إلى الحاكم لا إليهما .

وقول الرافعي : (وفيه شيء بعيد) أراد أن فيه خلافًا بعيدًا .

وقد صرح به في « الروضة » ، وسوف تكون لنا عودة إلى الكلام على هذه المسألة في الباب الثاني من كتاب القضاء إن شاء الله تعالى .

قوله من « زياداته » : ولو مات وعليه دين مستغرق فرهن الوارث التركة عند صاحب الدين على شيء آخر ، ففي صحته وجهان بناء على القولين . انتهى .

وتقييد المسألة بالدين المستغرق موهم ، ولا فرق بين المستغرق وغيره فاعلمه .

قوله : وإن كان الرهن مشروطًا في بيع نظر إن لم يجز الشرط جهالة

كما إذا شرط في البيع رهنًا على أن يبقي محبوسًا عنده بعد أداء الثمن شهرًا ، ففي فساد الرهن قولان :

أصحهما : الفساد .

فإن فسد ففي فساد البيع القولان في أن الرهن وسائر العقود المستقلة إذا شرطت في البيع على نعت الفساد هل يفسد البيع ؟ وقد ذكرناهما في باب البياعات . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه هنا وهناك يوهم أن القولين جاريان في ما إذا شرط بيعًا أو إجارة أو غيرهما في بيع وليس كذلك ، بل اشتراط صحيحه باطل مبطل فاشتراط فاسده أولى .

وإنما القولان اللذان أشار إليهما الرافعي في البابين في ما كان كالصفة في البيع في جواز شرطه معه ، ويجوز إفراده ، وذلك هو الراهن والكفيل والضمين فقط ، وتعليلهما مذكور فى كلامه .

الأمر الثاني : أن الشرط متى بطل جر جهالة مطلقًا ، لأن الرهن يترك لأجله جزء من الثمن ، فإذا بطل وجب أن يضم ذلك الجزء المجهول إلى الثمن فيصير مجهولاً ، وهذا هو مقتضى كلام الأصحاب ، والمعني يقتضيه أيضًا .

نعم إن كان الشرط لا غرض فيه فمسلم ، وليس الكلام فيه .

قوله في أصل « الروضة » : فلو رهن شجرة أو شاة بشرط أن يحدث الثمرة أو الولد مرهونًا لم يصح الشرط على الأظهر ، وقيل : يصح قطعًا لأنه مجهول معدوم . انتهى كلامه .

وما ادعاه من الصحة قطعًا غلط ، بل صوابه عدم الصحة ، ولذلك

ذكره الرافعي .

قوله في المسألة : لا يصح أيضًا الرهن على الصحيح ، ثم قال : فإن كان الرهن بهذا الشرط مشروطًا في بيع ، فإن صححنا الشرط أو أفسدناه ، وصححنا الرهن صح البيع ، وللبائع الخيار . انتهى كلامه .

وهو صريح في إثبات الخيار مع صحة الشرط ، وهو سهو وكأنه نقص منه شيء ، ويكون الأصل ، وللبائع الخيار في المسألة الثانية .

قوله : المسألة الثانية : لو قال : أقرضتك هذه الألف بشرط أن ترهن به وبالألف الذي لي عليك كذا . فرهن بالألف القديم ظانًا صحة ذلك . فعن القاضي أنه لا يصح الرهن . إلى آخره .

هذه المسألة سبق الكلام عليها في أول الباب الثالث من أبواب البيع .

قوله : فرع :

لو قال : رهنتك هذا الحُق بما فيه ، أو هذه الخريطة بما فيها ، وما فيهما معلوم مرئي صح الرهن في الظرف والمظروف ، وإلا لم يصح الرهن في المظروف ، وفي الحق والخريطة قولا تفريق الصفقة . انتهى كلامه .

وجزمه هنا بطريقة القولين يقتضي أن العلة في جريان القولين في تفريق الصفقة هو تبعيض الصفقة إذ لو كانت العلة هي الجهل بالعوض لزم الصحة هنا قطعًا .

وقد تقدم الوعد في باب تفريق الصفقة بذكر هذه المسألة .

قوله عقب ما تقدم : وما نص عليه في « المختصر » من الصحة في الحق، وعدمها في الخريطة فسببه أنه وضع المسألة في حق له قيمة يقصد لها بالرهن ، وفي خريطة ليست لها قيمة تقصد لها بالرهن .

وحينئذ يكون المقصود ما فيها ، ولو كان اللفظ مضافًا إليهما جميعًا ،

وما فيهما بحيث لا يصح الرهن فيه فيبطل [ما فيها .

ولو كان اللفظ مضافًا إليهما جميعًا ، وما فيها بحيث لا يصح الرهن فيه فيبطل] [١] **فيهما جميعًا .**

وفي وجه يصح الرهن فيها ، وإن كانت قليلة القيمة اعتبارًا باللفظ . انتهى كلامه .

اعلم أن المسألة لها أربعة أحوال :

أحدها : أن يرهنهما جميعًا ، وهو المراد من هذا الكلام الذي ذكرته .

والثاني : أن يرهن الظرف دون ما فيه .

الثالث : أن ينص على الظرف ولا يتعرض لغيره .

والرابع : أن ينص على المظروف وحده .

وحكم هذا القسم [أنه إن كان المظروف معلومًا صح فيه دون الظرف، وهذا القسم] [٢] لم يذكره الرافعي ، وذكر الثلاثة الأولى ، وكلامه في ما إذا رهن الظرف وحده أو رهنه وأطلق واضح .

وأما الأول وهو رهنهما فالذي تقدم من أول الفرع إلى آخره مفروض فيه، لكنه عبر في آخره بعبارة مشكلة فلنوضحه فنقول : قوله : (فإن كان اللفظ مضافًا إليهما جميعًا) ليس هو استئناف قسم آخر ، بل من تتمة تأويل النص الوارد في الخريطة لا تنتهي قيمتها إلى حيث يقصد بالرهن فافهمه .

وقوله : (إليهما) أي إلى الخريطة المذكورة وما فيها .

وقوله : (وما فيها) أي وما في الخريطة .

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من أ ، جـ .

وقوله : (فيبطل فيهما) أي في الخريطة وما فيها .

والحاصل أنه أعاد صورة المسألة إيضاحًا وتوطئة للوجه الذي ذكره من بعد ، وهو أنه لا يبطل الرهن بانتفاء القيمة التي [يقصد] [١] لمثلها الرهن، بل يصح فيهما ، وإن كانت قليلة القيمة ، وهو وجه متجه جدًا .

وظن النووي أن قول الرافعي : (ولو كان اللفظ . . . إلى آخره) هو القسم الرابع ، وهو رهن المظروف وحده ، فقال : ولو كان اللفظ مضافًا إلى ما فيهما جميعًا وكان ما فيهما بحيث لا يصح الرهن فيه بطل فيهما جميعًا ، وفي وجه يصح فيها ، وإن كانت قليلة القيمة اعتبارًا باللفظ . هذا لفظه .

وهو غلط فإنه مع مخالفته لتعبير الرافعي لا يتصور مجيء خلاف في الظروف ، ولا يصح معه التعليل الذي ذكره ، بل الخلاف راجع إلى رهن الظرف والمظروف .

وقد صرح به كذلك الغزالي في « البسيط » ، غير أنه لم يذكر رهن المظروف وحده ولا الظرف وحده وكأنه تركهما لوضوحهما ، وذكر الإمام نحوه أيضًا .

قوله من « زياداته » : قال إمام الحرمين والغزالي في «البسيط » : كل ما ذكرناه في الرهن يجرى مثله في البيع حرفًا حرفًا في ما إذا قال : بعتك الخريطة بما فيها أو وحدها ، أو الخريطة لأن مأخذه اللفظ والله أعلم .

وهذا الذي ذكره في « زياداته » يقتضي أنه إذا لم يكن للخريطة وغيرها من الظروف قيمة لا يصح البيع في المظروف ، ويأتي في الظرف

(١) في جـ : يفسد .

قولا تفريق الصفقة ، وهو مخالف لما ذكره قبل باب الربا من « زياداته » أيضًا ، فإنه جزم هناك بالصحة فيهما من غير تفصيل بين أن يكون له قيمة أم لا .

ثم ذكر بعده هذا التفصيل فيما إذا باع المظروف والظرف كل رطل بدرهم .

فكان ذلك صريحًا في تعميم الأول ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : ومنها ـ أي من من صور الإرتهان على مال الطفل ـ أن يكون دينه مؤجلاً ، إما بأن ورثه كذلك ، أو بأن باع الولي حالاً ماله نسيئة بالغبطة ، ولا يجوز الاكتفاء بيسار المشتري ، بل لابد من الارتهان بالثمن .

وفي « النهاية » رمز إلى خلاف ذلك أخذًا من جواز إيضاع ماله . انتهي كلامه .

وما نقله عن « النهاية » من الرمز إلى خلاف ذلك تابعه عليه في «الروضة » ، وقد صرح الإمام في المسألة بوجهين ، وصحح الجواز ، ونقله عنه الرافعي كذلك في كتاب الحجر فقال : وروي الإمام وجهين في صحة البيع إذا لم يرتهن وكان المشتري مليًا ، وقال : الأصح الصحة ، هذا كلام الرافعي ؛ لكن المذكور في « النهاية » ها هنا هو ما قاله الرافعي .

قوله : الفصل الثاني رهن المكاتب وارتهانه جائز إن شرط النظر والمصلحة كما ذكرنا في حق الطفل .

ومنهم من قال : لا يجوز استقلالاً ، وبإذن السيد قولان بناء على أن الرهن تبرع ؛ وتفصيل صور الارتهان كما في الفصل الأول .

وفيه وجه : أنه لا يجوز له الاستقلال بالبيع نسيئة بحال . انتهي كلامه.

وما صححه الرافعي هنا من إلحاق المكاتب بالطفل ، قد صحح خلافه في أثناء كتاب الكتابة في الحكم الثالث من أحكام الكتابة ، ونقله عن إطباق عامة الأصحاب عليه .

وكذلك ما صححه من جواز البيع نسيئة قد خالفه هناك فقال : ولا يجوز الرهن [(١)] ولا الإرتهان ولا البيع نسيئة وتابعة في « الروضة » على الموضعين ، وستعرف لفظه هناك إن شاء الله تعالى فاستحضره ، واعلم أن الفتوى على خلافه .

قال الرافعي : ورهن المأذون أولى بالمنع من جهة أن الرهن ليس من عقود التجارات وشبهه الإمام بإجارة الرقاب .

قال في « الروضة » : وهذا الترتيب الذي قاله الرافعي ترتيب الإمام ، قال : وقطع الشيخ أبو حامد وصاحب « الشامل » و « التهذيب » بأنه كالمكاتب .

(١) بداية سقط من ب .

الباب الثاني
في القبض والطوارئ قبله

قوله : صفة القبض هنا في العقار والمنقول كما سبق في البيع ، ويطرد الخلاف في كون التخلية في المنقول قبضًا ، وعن القاضي : القطع بأنها لا تكفي هنا ، لأن القبض مستحق هناك . انتهى .

واعلم أن ما ذكره في تعليل عدم الاكتفاء في [الهبة] (١) موجود بعينه في الموهوب ، فيكون الحكم فيهما سواء بلا شك .

لكنه اقتصر في باب الهبة علي عدم جريان ذلك القول ، ناقلا له عن المتولي وهو تلميذ القاضي الحسين . وستعرف لفظه هناك .

قوله : وإذا رهن شيئًا عنده فلابد من الإذن في قبضه ، وكذا مضي الزمان إليه .

وقال حرملة : لا يحتاج إلى مضيه ، وفي اشتراط مصيره إليه ومشاهدته أوجه :

أصحها : لا .

وثالثها : إن شك في بقائه كالحيوان اشترط، لأنه معرض للآفات ، وإن تيقن بقاءه فلا . انتهى .

ذكره مثله في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن اشتراط عدم الذهاب إليه صححه البغوي فتبعه عليه الرافعي ثم النووي .

والأكثرون على الإشتراط ، ونقله ابن الرفعة عن ظاهر نص الشافعي.

(١) في جـ : الرهن .

الثاني : نبه عليه النووي من زياداته فقال : المراد أن حرملة قاله مذهبًا لنفسه لا نقلاً عن الشافعي ، كذا صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون . فاعلمه .

فإن عبارة « المهذب » تقتضي أنه نقله عن الشافعي .

قال : فحصل أن المسألة ذات وجهين لا قولين .

قوله : المسألة الثانية : إذا باع المالك الوديعة أو العارية ممن هى في يده ، فهل يعتبر زمان إمكان القبض بجواز التصرف وانتقال الضمان ؟ فيه وجهان :

أصحهما : نعم .

وعلى هذا فهل يحتاج إلى الإذن في القبض ؟ نظر : إن كان الثمن حالاً ولم يوفيه، لم يحصل القبض إلا إذا أذن البائع فيه ، فإن وفاه أو كان مؤجلاً فعن الشيخ أبى علي رواية طريق أنه كالرهن . والمشهور أنه لا يحتاج إليه .

والفرق أن البيع يوجب القبض ، فدوام اليد يقع عن القبض المستحق . ولا استحقاق في الرهن . انتهى كلامه .

وما ذكره من [الجزم باشتراط] (١) الإذن في القبض عند ثبوت حق الحبس وأن التردد محله عند عدم ثبوته ، كيف يتصور القول به مع أن المبيع لو كان في يد البائع ولم يكن له حق الحبس لكان للمشتري انتزاعه منه قهرًا بلا خلاف ، كما أوضحوه في باب القبض، فكيف يترددون مع ذلك في اشتراط الإذن إذا كان في يد المشتري ، فإنا قد نحكم بالقبض لأجل اليد وإن لم نجوز الإنتزاع ، ولهذا لا يجوز للمرهون عنده والمرهون منه أن ينتزع العين بلا خلاف ، وفي افتقارهما إلى الإذن حالة كونها في

(١) سقط من جـ .

يدهما ثلاثة أوجه مشهورة .

وقد اتضح الأمر وانكشف الحال عن انعكاس هذا الخلاف ، وأنه إن لم يكن للبائع حق الحبس فلا يفتقر المشترى إلى إذنه .

وإن كان له حق الحبس فهو محل خلاف الشيخ أبي علي ، كذا صرح به الغزالي في « البسيط » فقال : وذكر الشيخ أبو علي وجهًا أنه ينزل منزلة الرهن في افتقاره إلى إذن جديد حتي إذا لم يأذن لم يبطل حقه من الحبس ولم يخرج من ضمانه .

ولا شك أنه لو وفي الثمن حصل تمام القبض . هذا لفظ الغزالي .

وذكر في « النهاية » نحوه فقال : وذكر أبو علي وجهًا أن القبض لا يحصل ولا يبطل حق البائع من الحبس إذا أثبتناه ، ما لم يأذن له أو يتوفر عليه الثمن ، وهذا غريب . هذا كلامه .

وجزم ابن الرفعة بما قلناه من الجزم عند عدم الحبس ، وحكاية الخلاف عند ثبوته وصحح حصول القبض كما صححه الإمام والغزالي وغيرهما .

قوله في أصل « الروضة » : فكل مزيل للملك كالبيع والإعتاق والإصداق وجعله أجرة والرهن والهبة مع القبض ، والكتابة والوطء مع الإحبال ، يكون رجوعًا . انتهى كلامه .

وعده الوطء وما بعده سهو ، فإنه لا يزيل الملك ، ولم يعبر الرافعي بذلك بل بعبارة مستقيمة .

قوله : قال الإمام : وإباق [العبد] (١) المرهون قبل القبض مخرج على وجهين . انتهى .

(١) زيادة من جـ .

والأصح منهما أن الرهن] [(١)] لا يبطل ، كذا صححه في « المحرر » وعبر بالأصح ، وصححه أيضًا في « الروضة » من « زياداته » .

قوله : والخمر نوعان :

أحدهما : المحترمة وهي التي اتخذ عصيرها ليصير خلاً . انتهي .

وهذا الذي ذكره في تفسير المحترمة ، قد خالفه في كتاب الغصب في أثناء الباب الثاني في الكلام علي ما إذا غصب عصيرًا فتخمر فقال : إن المحترمة هي التي عصرت لغير قصد الخمرية .

ويتخرج علي الجوابين ما إذا عصرت لا بقصد ، وتبعه النووي في «الروضة » علي الموضعين .

قوله : أما إذا طرح في العصير بصلاً أو ملحًا بقصد التخليل فتخمر ، ثم تخلل فوجهان .

قال في « التهذيب » : أصحهما : أنه لا يطهر . انتهى .

والصحيح ما صححه صاحب « التهذيب » ، كذا صححه النووي في أصل « الروضة » .

قوله : وحكى الإمام عن بعض الخلافيين أنه لا يجوز إمساك الخمر المحترمة ، بل يضرب عن العصير إلى أن يصير خلاً .

فإن اتفقت منا اطلاعة وهو خمر أرقناه . انتهى .

واسناده ذلك لبعض الخلافيين وسكوته عليه ، قد تبعه عليه أيضًا في «الروضة » ، وهو يشعر بعدم وجوده لأئمة المذهب ، وهو غريب .

فهذا هو المعروف عن العراقيين ، قد نقله عنهم ابن الرفعة في «الكفاية» في باب النجاسات ، وفي الغصب .

---

(١) نهاية سقط كبير من ب .

قوله : ويطهر ما فوق الخل مما أصابه الخمر في حال الغليان ، قاله القاضي حسين وأبو الربيع الإيلافي . انتهى .

وما قالاه من الطهارة قد خالفهما فيه غيرهما من الأصحاب ، فقال : إنه نجس معفو عنه .

وقال البغوي في « فتاويه » بعد نقله : إنه الصحيح عندي ، بل رأيت في كتاب « الحيل » لأبي حاتم القزويني الجزم بأنه نجس غير معفو عنه ، إلا أن الصحيح هو الأول ، ولهذا جزم به النووي في « فتاويه » ونقله عن الأصحاب .

الباب الثالث
في حكم المرهون بعد القبض

قوله : ولو [أخر] (١) المرهون مدة تزيد علي محل الدين بطل على المشهور .

ثم قال ما نصه ، ثم القائلون بالمنع لم يفصل الجمهور منهم ، وقال في «التتمة» : يبطل قدر الأجل [وفي] (٢) الزائد عليه قولا تفريق الصفقة . انتهى لفظه بحروفه .

وتبعه عليه في « الروضة » وهو غلط في التعبير والصواب وهو المذكور في « التتمة » أن يقول : بطل الزائد علي الأجل ، وفي قدره قولان .

ثم إن هذه الطريقة هي قياس ما قالوه في تفريق الصفقة ، وإلا فما الفرق؟ .

وجزم بها أيضًا الماوردي في «الحاوي» و [في] (٣) نظير المسألة إجازة الطفل .

قوله : وإن أعتقه فأقوال . انتهى .

قال القاضي حسين في « فتاويه » : محل ذلك إذا لم يعتقه عن كفارة غيره .

فإن أعتقه عنها لم يصح ، ونقله في « الروضة » عنه وأقره .

قوله : التفريع إن قلنا : لا ينفذ إعتاق المرهون فانفك بإبراء أو غيره فقولان أو وجهان :

أظهرهما : أنه لا يحكم بنفوذه أيضًا . انتهى .

---

(١) في جـ : أجر .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من جـ .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، وكذلك النووي في «الروضة».

والصحيح : أن الخلاف وجهان ، كذا جزم به الرافعي في « المحرر »، والنووي في « المنهاج » .

قوله : ومتي كان الراهن موسرًا وقلنا : ينفذ عتقه مطلقًا ، أو من الموسر فقط ، ففي وقت نفوذه طريقان ... إلى آخره .

فيه إشارة إلى أنا إذا نفذنا إعتاق المعسر فيعتق في الحال بلا خلاف .

قال النووي في « زياداته » : وقد صرح به الشيخ أبو حامد ، وصاحب « الشامل » وغيرهما .

قوله من « زوائده » : إذا أعتق المرهون عن كفارته أجزأه ، إن قلنا : ينفذ إعتاقه .

وإن أعتقه عن كفارة غيره فلا يعتق لأنه بيع ، قاله القاضي حسين في «الفتاوي » . انتهى .

والمسألة [الأولي] (١) : قد ذكرها الرافعي في كتاب الظهار أبسط من المذكور هنا ، فلا حاجة إلى زيادته إياها .

وأما الثانية : وهي التكفير عن الغير فيرد عليه ما إذا مات الراهن فانتقلت العين إلى وارثه فأعتقها عن مورثه ، وكذا إذا لم يرهنه ، ولكن مات وعليه دين ، فإنه ينتقل إلى الوارث مرهونًا .

ومع ذلك يجوز إعتاقه عن مورثه ، كما هو حاصل كلام الرافعي في باب الوصية ، وعلله بأن اعتاقه كإعتاقه .

ولو أعتق عنه الوارث عبدًا قد رهنه هو ـ أي الوارث ـ وهو موسر ففي [نفوذه] (٢) نظر يحتمل الجواز ،كما لو أعتقه عن نفسه ، ويحتمل المنع،

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : تركه .

لأن فيه [انتقال] [١] المرهون إلى غيره .

فإن نفذناه بطل الحكم الذي ادعاه ، وإن لم ننفذه بطلت العلة بكونه بيعًا ، لقصورها إذ لا عوض هنا بالكلية ، ومع ذلك لا يصح .

واعلم أن المنقول في باب الوصية أنه يجوز للوارث والأجنبي التبرع بها على الميت على الأصح إن كانت الكفارة مرتبة ، وفي المتخيرة خلاف .

قوله أيضًا من زوائده : وفي وجه يحرم وطء الحامل من الزنا . انتهى .

هذا الوجه ذكره الرافعي في باب العدد وغيره ، ونقله عن ابن الحداد.

قوله : وهل تصير الجارية المرهونة أم ولد بالإحبال ؟، فيه الأقوال المذكورة في الإعتاق .

ثم منهم من امتنع من الترتيب وسوى بينهما لتعارض المعنيين ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، والأكثرون قالوا بالترتيب ، وجعلوا الاستيلاد أولى بالنفوذ ، ومنهم من عكس . انتهى ملخصًا .

ذكر نحوه في « الروضة » أيضًا ، وحاصله تصحيح عدم التسوية ، وخالف ذلك في « الشرح الصغير » ، ورجح التسوية فقال ما نصه : وفي مصيرها أم ولد الأقوال المذكورة في الإعتاق ، وقيل : الاستيلاد أولي بالنفوذ لأنه فعل ، والفعل أقوى .

وقيل : الاستيلاد أولي بأن لا ينفذ . هذا كلامه ، وهو صريح فيما قلناه، وكلام « المحرر » يشعر به أيضًا .

ووقع الموضعان في « الروضة » و « المنهاج » كما وقعا في الأصل .

قوله : ولو انفك الرهن ولم يتفق بيعها نفد الاستيلاد ، ومنهم من خرجه على الخلاف فيما إذا بيعت . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

وحاصله تصحيح طريقة القطع ، وقد صرح بها في « الروضة » أيضًا، لكن وقع في « المحرر » و « المنهاج » الجزم بطريقة الخلاف .

قوله : إذا ماتت الجارية التي أولدها الراهن بالولادة والتفريع على أن الاستيلاء عندنا نافذ ، فعليه قيمتها لتكون رهنًا ، وعن أبي علي الطبري وغيره وجه أنه لا شيء عليه . انتهى .

وما نقله عن أبي علي الطبري قد رأيت في كتابه المعروف وهو «الإفصاح » الجزم بعكسه .

قوله : ولو أولد أمة الغير بشبهة وماتت بالولادة ، وجبت قيمتها على المذهب بخلاف الحرة على الأصح ، لأن الوطء سبب ضعيف ، وإنما أوجبنا الضمان في الأمة لأن الوطء استيلاء عليها والعلوق من آثاره ، والحرة لا تدخل تحت الاستيلاء ، ثم قال : ولو أولد امرأة بالزنا مكرهة فماتت بالولادة حرة كانت أو أمة فقولان :

أصحهما : أنه لا يجب الضمان ، لأن الولادة غير مضافة إليه لقطع النسب . انتهى .

وما ذكره في آخر كلامه من تصحيح عدم الوجوب تابعه عليه في «الروضة » ، ثم ذكر ـ أعني النووي ـ في أواخر الغصب في الكلام على وطء الغاصب والمشتري منه ما يشكل على هذا التصحيح ، وسوف أذكر لفظه هناك فراجعه .

ويؤخذ من تعليل الرافعي في هذا الباب أنه لا فرق في عدم الضمان بين كونها مكرهة أو طائعة [لأن النسب منتف عنه لكنه نص على المكرهة ليؤخذ منه الطائعة] (١) إما بطريقة الأولى [وإما لأنه] (٢) لا فرق .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من جـ .

وقد علل الرافعي الوجوب في الغصب بمأخذين موجودين في هذه الصورة .

قوله : ولو خالف ما ذكرناه فغرس أو زرع حيث منعناه ، فلا يقلع قبل حلول الأجل ، وبعد حلول الدين ومساس الحاجة إلى البيع يقلع إن كانت قيمة الأرض لا تفي بدينه ، وتزداد قيمتها بالقلع . انتهى كلامه .

ومحل ما قاله من القلع إذا لم يأذن [الراهن] (١) في بيع الغراس والزرع .

فإن أذن فيه لم يقلع ، بل يباعان ويوزع [الثمن] (٢) .

كذا نبه عليه الرافعي في الكلام على رهن الأم دون الولد ، وهو واضح فتنبه له .

قوله : لا يخرج من يده ولا يوهن .

الوهن بالواو وهو الضعف ، أي لا يضعف بالإخراج من يده .

قوله : وإن أراد الراهن استيفاء المنافع بنفسه ، قال في « الأم » : له ذلك، ويمنع منه في القديم فحمل حاملون الأول على الثقة المأمون جحوده، والثاني على غيره ، وأجراهما مجرون قولين مطلقًا ، ووجهوا الثاني بما يخاف من جحوده وخباثته لو سلم إليه .

والأول بأن ما له استيفاؤه بغيره له استيفاؤه بنفسه ويشبه أن يكون هذا أظهر ، ويتفرع عليه ... إلى آخره .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا ، وأطلق الأظهر ولم يتوقف فيه ، وقد ظهر من تعبيره أن الإشارة بقوله : (هذا أظهر) إلى جواز الاستيفاء بنفسه مطلقًا ، وحينئذ فليس في كلامه تصحيح واحد من الطريقين .

---

(١) سقط من جـ .

(٢) في جـ : الرهن .

إذا علمت ذلك فقد اختصر النووي في « الروضة » هذا الكلام على غير وجهه فقال ما نصه : فحمل حاملون الأول على الثقة المأمون جحوده، والثاني على غيره .

وقال آخرون : هما قولان مطلقًا ، وهذا أصح .

قلت : المذهب جوازه مطلقًا والله أعلم . هذا لفظه ، فتوهم أن الترجيح الذي ذكره الرافعي في القولين عائد إلى الطريقين ، وإنما هو العكس .

وجزم في « المحرر » بالجواز ، ولم يحكِ خلافًا بالكلية .

قوله : ويتفرع عليه ما نقله إمام الحرمين وصاحب الكتاب ، وهو أنه إن وثق المرتهن بالتسليم فذاك، وإلا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للإنتفاع .

فإن كان مشهوراً بالعدالة موثوقًا به عند الناس فوجهان : أشبههما : أنه يكتفي بظهور حاله .،ولا يكلف الإشهاد في كل [أخذة] (١) لما فيه من المشقة .

اعلم أن المراد مما نقله عن الإمام والغزالي وهو أنا إذا أوجبنا الاشهاد أوجبناه في كل أخذة ، كذا هو مصرح به في « النهاية » و « الوسيط » وإليه أشار الرافعي في آخر كلامه .

فكأنه قال : لا يجب في الموثوق به ما أوجبناه في غيره وكلام «الروضة » يوهم أن ما ذكره الرافعي في آخر كلامه ليس إشارة لذلك ، وأن الإشهاد يجب أيضًا في حقه ، ولكن الخلاف إنما هو في تعدد الإشهاد لتعدد الأخذ .

قوله : ثم إن كان إخراج المرهون من يد المرتهن لمنفعة [يدام استيفاؤها فذاك .. وإن كان لمنفعة] (٢) تستوفى في بعض الأوقات كالاستخدام أو الركوب فيستوفي نهاراً ويرد إلى المرتهن ليلاً . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في جـ : واحدة .

تبعه في « الروضة » على إطلاق الرد في جـميع الليل ، والصواب ما نبه عليه ابن الرافعة في « شـرح الوسيط » أنه لا يرد في جميع الليل ، بل في الوقت الذي جرت العادة بالراحة فيه .

قال : لأن الشافعي نص في « البويطي » في الأمة المزوجة : على أنها تترك بعد ثلث الليل .

قوله : والعبد المحبوس بالثـمن ، هل يستكسب في يد البائع للمشتري أم تعطل منافعه ؟ فيه اختلاف للأصحاب . انتهى .

قال في « الروضة » من « زياداته » : الراجح استكسابه .

قوله : الديون التي على الميت تتعلق بتركـته كتعلق المرهون وفي قول : كتعلق الأرش برقبة الجاني .

وقد سـبق في [الزكاة] (١) أن هذا التـعلق لا يمنع الإرث على الأصح من الخلاف . انتهي ملخصًا .

فيه أمور :

أحـدها : أن هذا الخلاف في كونه تعلق رهن أو جناية ، قد جعله في كتاب الـعتق وجهين ، ذكر ذلك قـبيل الولاء بنحو سـتـة أوراق من جملة فصل مشتمل على مسائل متعلقة بما نحن فيه .

وسلمت « الروضـة » من هذا الاخـتـلاف ، فإنه لم يتـعـرض هناك للخلاف ، والمذكور هنا هو المذكور في « المحرر » وغيره .

الثـاني : إذا قلنا : إنه يمنع الإرث ، فـهل يمنع في قـدر الدين أم في الجميع؟

فيه وجهان ذكرهما الرافعي في آخر كتاب الشفعة ، ولم يصحح منهما شيئًا ، وقال : إنهما مذكوران في موضـعهما ، وموضعهما هو هذا الباب

---

(١) في أ : الزاني .

والعتق وآخر زكاة الفطر ، وهو المشار إليه بقوله : وقد سبق في الزكاة .

وليس للوجهين ذكر في المواضع الثلاثة .

الأمر الثالث : أن هذا الخلاف المذكور في منع الإرث، لم يبين هنا هل هو وجهان أو قولان ؟ وقد حكاهما الرافعي في زكاة الفطر وجهين ، وحكاه في زكاة المعشرات نقلاً عن الشيخ أبي علي أنه [قولان] (١) وهو الصواب ، فإنه قد نقل في زكاة الفطر أن الشافعي نص على أنه لا يمنع .

ونقل الإمام في كتاب الشفعة عن القديم أنه يمنع وأشار الرافعي أيضًا في الفطرة إلى إثباته قولاً فثبت القولان .

ورأيت في « الأم » ما حاصله أنه يمنع أيضًا ، فقال في الكتابة في باب ميراث سيد المكاتب : فإن كان الورثة محجورين فدفع المكاتب ما عليه إلى وصيهم ، وعلى الميت ديون أو لا دين عليه ، أوله وصايا أو لا وصايا له، فالمكاتب حر ، وإن هلك في يد الوصي لأن الوصي يقوم مقام الميت إذا كان قد أوصي إليه بدينه ووصاياه وتركته .

ثم قال : وإن كان الميت مات عن ورثة كبار ، وليس فيهم صبي ، وعليه دين ، وله وصايا لم يبرأ المكاتب بالدفع إلى الورثة حتى [يصل إلى أهل الدين دينهم لأن الميراث لا يكون للورثة حتى] (٢) يقضي الدين .

وإن قضي الدين حتى يصل إلى أهل الوصايا وصاياهم لأن أهل الوصايا شركاء بالثلث . انتهى .

ويؤخذ من هذا النص أمران :

أحدهما : ما أشرنا إليه .

والثاني : أن الوارث ليس له ولاية قبض هذا الدين، لأن الشافعي

---

(١) في ب : لا فرق .

(٢) سقط من أ ، جـ .

حكم بانتفاء العتق بهذا القبض .

فلو ثبت له ولاية القبض لعتق بهذا القبض ، فلو ثبت له ولاية العتق لعتق كما تقدم في الوصي وهي مسألة حسنة، وقد ذكرها الرافعي في آخر الكتابة نقلاً عن البغوي فقال : وإن قضى الديون والوصايا عتق ، وإلا وجب الضمان على المكاتب ، ولم يعتق .

ثم نقل عن القاضي أبي الطيب مسألة أخري وهي الدفع إلى الغريم فقال : إنه يبرأ بذلك إن كان الدين مستغرقًا للتركة .

قوله في « الروضة » : فلو أعتق الوارث ، أو باع وهو معسر لم يصح قطعًا ، سواء جعلناه كالجاني أو كالمرهون ويجيء في الإعتاق خلاف . انتهى .

وما ذكره هنا من نفي الخلاف في بيع الوارث المعسر لم يتعرض له الرافعي ، وهو غير صحيح أيضًا ، فقد حكى هو في كتاب العتق عن الإمام قولاً أنه يصح إذا جعلناه كالجناية .

وحكي عنه أيضًا الرافعي فرقًا يتقوي به ما جزم به الرافعي ، وصرح النووي بنفي الخلاف فيه فقال : الوارث يلغي الملك بالخلافة ، وهي مشروطة بتقديم حق الميت بخلاف الجاني والمرهون .

قوله : فإن كان موسرًا نفذ في وجه بناء على تعلق الأرش ، ولا ينفذ في وجه بناء على تعلق حق المرهون ، وفي وجه هما موقوفان . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » ، وهذا الكلام يوهم أن الصحيح بطلان العتق ، لكونه أشار إلى أن الإبطال مبني على جعله كالمرهون ، وهو الصحيح ، وليس ذلك مراده .

إنما المراد أنه لما ذهب بعضهم إلى أنه كالجاني ، وبعضهم إلى أنه كالمرهون لزم أن يجيب بعضهم بالجواز كما قد قيل به في الجاني ،

وبعضهم بالمنع كما قيل به في المرهون .

ويدل على أنه لم يرد استيعاب الوجوه المفرعة على كل قول ، أن الصحيح في الموسر صحة اعتاقه للمرهون ، وبالجملة فقد صرح في كتاب النكاح بما يدفع الوهم ، فقال قبيل الباب السادس : المذهب أنه ينفذ من الوارث الموسر إعتاق عبيد التركة ، وكذلك في كتاب العتق ، فقال : الأظهر في الإعتاق النفوذ وفي البيع المنع .

ونقل الرافعي هناك خلافًا من غير ترجيح في مسائل متعلقة [بما نحن فيه] (١) .

إحداها : إذا نفذنا العتق هل ينتقل الدين إلى ذمة الوارث أم لا ينقله بل يلزمه القيام بالأقل ؟ .

الثانية : إذا فرعنا على صحة البيع فتلف الثمن في يد الوارث هل للغرماء تغريم المشتري ثانيًا ؟ .

الثالثة : إذا صححنا البيع هل يقع [لازمًا] (٢) أم لا كبيع الجاني ؟ والإمام هو القائل بالنفي في المسائل الثلاث .

قوله : وفي تعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج خلاف يتفرع على ما مر من أن الدين هل يمنع الميراث ؟ إن منعه ثبت التعلق ، وإلا فلا . انتهى كلامه .

وحاصله أن الصحيح عدم التعلق ، لأن الصحيح أنه لا يمنع كما مر .

إذا علمت ما قلناه فقد ذكر ما يخالف ذلك في كتاب النكاح في الباب الخامس في المولى عليه في السبب الخامس منه في الكلام على إجبار العبد

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

على النكاح ، وسأذكره هناك إن شاء الله تعالى .

واقتصر الرافعي في « الشرح الصغير » و « المحرر » على ذكرها في هذا الباب .

قوله : وقول « الوجيز » : ولو ظهر دين بعد تصرف الورثة في التركة ففي تتبعه [بالنقص] (١) خلاف ، أراد بالتتبع تبيين الفساد على ما هو مبين في « الوسيط » [انتهى .

ودعواه أن ذلك مبين في « الوسيط »] (٢) ذكره أيضًا في « الشرح الصغير » وليس كذلك ، بل إنما بينه في « البسيط » .

قوله : ولو شرطا وضعه عند اثنين ، فإن نصا على أن لكل منهما الانفراد بالحفظ أو على أن يحفظاه معًا في حرز اتبع الشرط ، وإن أطلقا فوجهان لابن سريج .

أصحهما : أنه ليس لأحدهما أن ينفرد بالحفظ كما لو أوصي إلى رجلين أو وكل وكيلين لا يستقل أحدهما ، فعلى هذا يجعلانه في حرز لهما .

والثاني : يجوز الانفراد لئلا يشق عليهما .

فعلى هذا إن اتفقا على كونه عند أحدهما فذاك ، فإن تنازعا والرهن مما ينقسم قسم ، وإلا حفظ هذا مدة وهذا مدة ، انتهى كلامه .

وهو موهم ، بل ظاهر في أنه لا يجوز لهما أن يقتسماه ، لكنه ذكر في نظيره من الوصية ما يخالفه فقال في الشرحين : وإن اختلفا في الحفظ، ولم يكونا مستقلين فوجهان :

أحدهما : أنه لا ينفرد واحد منهما بحفظ شيء.

(١) في أ : بالقبض .

(٢) سقط من أ .

والثاني : ـ وبه أجاب الأكثرون ـ : أنه ينقسم أيضًا ، لأنه إذا كان المال في يدهما كان نصفه في يد كل واحد منهما فجاز أن يعين ذلك النصف .

قوله : فإن فرعنا على الجواز فقسماه بالتراضي ثم أراد أحدهما أن يرد ما في يده على صاحبه ففي جوازه وجهان لابن سريج ، وجه المنع ، أن المشقة قد اندفعت بما جرى . انتهى ملخصًا .

قال في « الروضة » من « زياداته » : قطع البغوي بأنه لا يجوز .

قوله : الثانية : إذا وضعا الرهن عند عدل وشرطا أن يبيعه عند المحل جاز ، ولا تشترط مراجعة الراهن في الأصح، لأن الأصل دوام الإذن .

ثم قال : وأما المرتهن فجواب العراقيين أنه لابد من مراجعته ، ولم يجروا فيه الخلاف .

ووجهوه بأن المرهون إنما يباع لإيصال حقه إليه [وذلك] (١) يستدعي مطالبته بالحق فليراجع لتعرف أنه يطالب أو يمهل أو يبرء .

وقال الإمام : لا خلاف أن المرتهن لا يراجع ، لأن غرضه توفية الحق بخلاف الراهن ، فإنه قد يستبقي العين لنفسه ، فتأمل في بعد إحدى الطريقتين عن الأخرى . انتهى كلامه .

واعلم أن الإمام صور مسألة الوجهين بما إذا كان الراهن والمرتهن أذنا للعدل ، وعلى هذا التصوير لا يحتاج إلى مراجعة المرتهن بلا نزاع ، فلذلك ادعى الإمام نفي الخلاف فيه .

وصور العراقيون ذلك بما إذا شرط في الرهن أن العدل يبيع، أو حصل توكيل من الراهن فقط ، ولم يأذن المرتهن .

وعلى هذا الفرض لابد من إذن المرتهن لأنه لم يأذن قبل ذلك ، فلذلك قالوا : لابد من مراجعته، فالحاصل أنهما مسألتان ، ذكر العراقيون

(١) سقط من جـ .

مسألة، [والإمام أخرى] (١) فلا تنافي بين المقالتين ولا بعد .

فإن قيل : إذا اشترطا ذلك في العقد، فهل يشترط أيضًا إذن المرتهن ؟ قلنا : نعم ،لأن إذنه إنما يكون بعد ثبوت حقه ، وذلك متوقف على القبض بخلاف الراهن .

قوله : ولو عزل الراهن العدل انعزل ، ولو عزله المرتهن لم ينعزل في أظهر الوجهين، لأنه وكيل عن الراهن ، وإذن المرتهن شرط .

ثم قال ما نصه : وإذا قلنا : لا ينعزل بعزل المرتهن، فلو عاد إلى الإذن جاز البيع ، ولم يشترط تجديد توكيل من الراهن .

قال في « الوسيط » : ومساق هذا أنه لو عزله الراهن، ثم عاد ووكل افتقر إلى تجديد إذن للمرتهن ، ويلزم عليه أن يقال : لا يعتد بإذن المرتهن قبل توكيل [الراهن، ولا بإذن المرأة للوكيل قبل توكيل] (٢) الولي إياه ، والكل محتمل . انتهى كلامه .

واعلم أن كلام « الوسيط » هنا قد حصل فيه أوهام كثيرة ، فإن جميعه مبني على أن رجوع المرتهن عزل كرجوع الراهن .

ولم يذكره الغزالي، ومع كونه مبنيًا على شيء لم يذكر قد حصل فيه أيضًا تبديل لفظ بلفظ يعلم من « النهاية »، والعجب من سكوت الرافعي عليه ، وقد نبه ابن الرفعة على ذلك في « المطلب »، وآخر الرهن من «الكفاية » ناقلاً له عن [شيخه الشريف مدرس المدرسة الشريفية بمصر وبه سميت الشريفية] (٣) فقال : وكان شيخى السيد الشريف عماد الدين العباسي ـ رحمه الله ـ يستشكل كلام الغزالي ـ رحمه الله ـ في هذا ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وكتب له ورقة بخطه فيما وقع له فيه ، وسأذكر صورة المكتوب فيها، ثم أبدى ما ظهر لي عليه ، وصورته التي زعم الشيخ أنه مساق كلام الأصحاب ، ليس مساقًا لكلامهم ووقع الغلط في هذا الفرع في ثلاث عشرة كلمة منه ، وها أنا أرسمها بالحمرة [بين الأسطر ليتنبه الناظر وأكتب بالحمرة] [(١)] المسألة التي ذكرها الإمام ـ أعني الوجه الذي نقله الإمام عن الأصحاب ، إذ كان الشيخ أراد أن يفرع عليه ، لكن كأن الأمر اشتبه عليه فعكس الصواب في تفريعه عليه ، ونقل حكم إذن المرتهن إلى توكيل الراهن بالعكس ، فأقول بعد أن أعلمك أن المكتتب بالسواد هو نفس كلام الشيخ ، والمكتتب بالحمرة فوق الكلمات بعد مسألة الأصحاب هو صوابه ، قال : **فروع أربعة** :

الأول : أنه لو رجع أحدهما عن الإذن امتنع البيع ، ورجوع الراهن عزل ، فإنه الموكل ، وإذن المرتهن شرط ، وليس بتوكيل ، وكذلك لو عاد المرتهن وأذن بعد رجوعه جاز ، ولم يجب تجديد التوكيل من الراهن .

وذهب بعض الأصحاب إلى رجوع المرتهن يوجب رفع الوكالة ، ومساق هذا الكلام من الأصحاب بأنه لو عزل الراهن [**المرتهن**] [(٢)] ثم عاد ووكل [**وأذن**] [(٣)] افتقر المرتهن [**الراهن**] [(٤)] إلى تجديد الإذن [**التوكيل**] [(٥)] وعليه ، يلزمه لو قيل به أن لا يعتد بإذنه [**بتوكيله**] [(٦)] للعدل قبل توكيل [**إذن**] [(٧)] الراهن [**المرتهن**][(٨)] ، فليؤخر

(١) سقط من أ .
(٢) في ب : المرتهن .
(٣) في ب : وأذن .
(٤) في ب : الراهن .
(٥) في ب : التوكيل .
(٦) في ب : بتوكيله .
(٧) في ب : إذن .
(٨) في ب : المرتهن .

عنه ، ويلزم عليه الحكم ببطلان رضى [**توكيل**] [(١)] المرأة [**الولي**][(٢)] بالتوكيل في النكاح قبل توكيل الولي [**إذن المرأة**] [(٣)] وكل ذلك محتمل .

ووجه المساهلة إقامة دوام الإذن [**التوكيل**] [(٤)] مقام الإبتداء تعلقًا بعمومه ، وأنه إن لم يعمل في الحال فليقدر مضافًا إلى وقت التوكيل [**الإذن**] [(٥)] ، هذا آخر ترتيبه .

والذي وقع لي عليه أن هذا الوجه الذي بني الشيخ عليه هذا الكلام نسبه الإمام إلي بعض الضعفة ، فكيف يمكن التزام الأصحاب بمقتضاه ، ثم لو صححناه لم يكن مساقه مشعرًا بما ذكره ، بل مصرحًا به ، لأن الوكالة إذا ارتفعت علم بالقطع أنها لا تعود إلا بتوكيل جديد .

وإذا كان كذلك لم يحسن حمل كلام الغزالي على ذلك .

نعم ما ذكره صحيح بناء على اختيار هذا الوجه ، هذا آخر كلام ابن الرفعة .

وما ذكره من أن الغزالي عبر بقوله : ومساق كلام الأصحاب إذا جعلناه مفرعًا علي ذلك الوجه الضعيف ، يكون أخذه منه بالتصريح لا بالإشعار ، ومن كلام بعضهم لا كلام جميعهم .

فحاصله اعتراض أخر على الغزالي ، فإن كلامه لا ينتظم على صورته قطعًا ، ولما ذكره الإمام فرعه على ما قلناه فعلمنا أنه مراده .

---

(١) في ب : توكيل .

(٢) في ب : الولي .

(٣) في ب : إذن المرأة .

(٤) في ب : التوكيل .

(٥) في ب : الإذن .

قوله : ولو باع بثمن المثل فزاد راغب قبل التفرق فليفسخ البيع . انتهى.

والتـعبـير بقـوله : (قبل التـفرق) ذكـره في « المحرر » و « الشـرح الصغـير » أيضًا وهو تعـبير ناقص ، وكان ينبـغي أن يقول : قبل انقـضاء الخيار ليعم خياري المجلس والشرط ، فإن حكمهما في هذا سواء كما نقله النووي عن صاحب « الشامل » وغيره .

[قوله :] [١] فعلى هذا لو بدا للراغب نَظر ، نُظر إن كان قبل التمكن من البيع منه : فالأول بحاله ، وإن كان بعده فقد ارتفع ذلك البيع، فلابد من [بيع جديد ، ثم قال بعده من غيـر فاصل : وفي طريقة الصيدلاني أنه] [٢] إذا بدا له بأن البـيع الأول بحـاله كمـا لو بذل الابن الطاعـة لأبيـه في الحج وجعلناه مـستطيـعًا ، ثم رجع عن الطاعـة قبل أن يحج أهل بلده فـإنا نتبين عدم الوجوب . انتهى كلامه .

وهذا المنقول عن الصيدلاني محله إذا كان قبل التمكن من البيع ، وإلا لم يصح التعليل المذكور .

وحينـئـذ فيـصـيـر مكررًا لا وجهًـا آخر ، فإنه قـد جـزم أولاً بأنه لا ينفسخ .

وحذف في « الروضة » التعليل وأثبت المقالة ، فأوهم الواقف عليه أنه وجه آخر فيما إذا تمكن ، وليس كذلك .

قوله : وأشار الإمام في المسألة إلى شيء آخر ، وهو أن الوكيل في البيع لو باع ثم فسخ البيع هل يمكنه من البيع مرة أخرى ؟ فيه اختلاف . انتهى .

واعلم أن في هذه المسـألة ـ وهي فـسخ البـيع الصـادر من الوكـيل ـ تفصيلاً اذكره في آخر الباب الثاني من أبواب الوكالة، يتعين الوقوف عليه،

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

حاصله أن الصحيح في مسألتنا ، وهي فسخ البيع قبل انقضاء الخيار جواز البيع ثانيًا فافهمه ، فإنه مهم .

قوله : وأصح الوجهين ، أن مؤنة الرهن على الراهن ، يقوم بها من خالص ماله .

ثم قال ما نصه ، وإذا قلنا بالأصح فلو لم يكن للراهن شيء ، أو لم يكن حاضراً ، باع الحاكم جزءاً من المرهون . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على التعبير بذلك أيضًا ، والمراد بقوله : أو لم يكن حاضراً ، إنما هو المال فافهمه .

ولا يصح عوده على الراهن ، وإن كان هو مقتضى الكلام ، لأنه يقتضي أنه إذا لم يكن حاضراً ، وكان له مال أن الحاكم لا يقوم بالمؤنة من ماله ، بل من المرهون ، وهو خلاف القواعد .

ولعل أحدًا لا يقول بذلك ، ولا يمكن حمل كلامه على ما إذا لم يكن حاضرًا مع كونه لا مال له ، لأنه لا أثر مع فقدان المال لحضوره ولا لغيبته، وأيضًا فيكون تكرارًا لا قسمًا آخر .

قوله : ولو ذبح الدابة وبزغها .

اعلم أن التوديج : فتح الودجين حتي يسيل الدم وهو في الدابة بمنزلة الفصد في الآدميين . والبزغ أصله الشق ، ولهذا يقال : بزغت الشمس إذا طلعت ، والمراد هنا فتح الماء إذا نزل في الحافر يقال : بزغ البيطار بالتشديد .

قوله : وإن كان يخاف من المداواة، فعن أبى إسحاق أن للمرتهن المنع .

وقال أبو على الطبري : لا يمنع ، واختاره القاضي أبو الطيب . انتهى .

والأصح هو الثاني ، كذا قاله في « الروضة ».

قوله : وله ختان العبد والأمة .

قال في « الروضة » : كـذا أطلق أكثر الأصحاب أو كـثيرون ، منهم جواز الختان من غير فرق بين الصغير والكبير .

وصرح المتـولي والشيخ نصر بأنه لا فـرق، فقال صـاحب « المهذب » ومن تابعه : يمنع من ختان الكبير دون الصغير لخوف التلف .

وهذا ظاهر نصه في « الأم » و « المختصر » ، ويؤيده أنهم عدوا عدم الختان عيبًا في الكبير دون الصغير، كما سبق هذا كلام « الروضة » .

قوله : في طلب النجعة ... إلى آخره .

النُّجعة ـ بضم النون ـ هو الذهاب للانتفاع بالكلأ ونحوه .

قوله : [الثاني] (١) : إن كل عقد يقتضي صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده ، وما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده ... إلى آخره .

اعلم أن المراد بهذه القاعدة أن كل ما لا يقتضي صـحيحه الضمان بعد التسليم كالرهن والعين المسـتأجرة والهبة لا يقتضيـه أيضًا فاسده ، لأنه لا جائز أن يكون الموجب له هو العقد ، لأنه لا يقتـضيه ولا اليد ، لأنها إنما حصلت بإذن المالك ، وما يـقتضي صحيحـه الضمان بعد التـسليم كالبيع والقرض والعمل في القـراض والإجارة ، فيقتضي فاسـده أيضًا الضمان ، لأنه أولى بذلك .

إذا علمت ذلك ففيه أمور :

أحدها : أنه يستثني من الطرد مسائل .

الأولــى : إذا قال : قارضتك على أن الربح كـله لي ، فالصحيح أنه قراض فاسد ، ومع ذلك لا يستحق العامل أجرة على الصحيح فيه .

---

(١) سقط من أ ، جـ .

الثـانيـة : إذا صدر عـقد الذمـة من غيـر الإمام فـإنه لا يصح على الصحيح، ولا جزية فيه على الذمي في أشبه الوجهين .

وعلله الرافعي بأن القبول ممن لا يقبل الإيجاب لغو ، وكأنه لم يقبل شيئًا، وهذه العلة [نافعة] (١) في مواضع فاستحضرها ، ولهذا إذا وهب الغاصب العين المغصوبة لشخص لا يعلم الحال فتلفت ، فإن القرار على المتهب في أصح القولين ، لأنه أخذه للتملك .

والثاني : على الغاصب ،لأن يد المتهب ليست يد ضمان ، كذا ذكره الرافعي في باب الغصب ، بخلاف ما إذا أجر أو رهن ، ونحو ذلك ، فإن القرار على المؤجر في الأصح لتغريره كما ذكره في الباب الثالث من الرهن.

وقد علم بما ذكرناه أن المراد بما ذكره إنما هو عند صدور التصرف الفاسد من المالك .

وقيل : لكل سنة دينار كما لو فسد عقد الإمام .

الثالثة : إذا استأجر أبو الطفل أمة لإرضاعه وقلنا : لا يجوز ، فهل تستحق أجرة المثل ؟ فيه وجهان ، الأصح في « الروضة » : أنها لا تستحق .

ذكره قبيل باب الجنايات .

الرابعة : إذا ساقاه على أن الثمرة جميعها لرب المال، فإنه كالقراض على ما قاله الرافعي ، [وحينئذ] (٢) فتكون فاسدة ولا يستحق أجرة .

الخامسة : إذا ساقاه علي وَدِي (٣) ليغرسه ، ويكون الشجر بينهما أو

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ ، جـ .

(٣) اسم لصغار النخل فقط ، وهو بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء .

ليغرسه ويبيعهما مدة والثمرة بينهما ، فالصحيح فسادها .

ثم إن كانت الثمرة لا تتوقع في هذه المدة ، ففي استحقاق أجرة المثل الوجهان في اشتراط الثمرة كلها للمالك ، كما قاله الرافعي .

قال : وهكذا إذا ساقاه علي ودى مغروس وقدر مدة لا يثمر فيها في العادة .

السادسة : إذا قال الإمام لمسلم : إن دللتني على القلعة الفلانية فلك منها جارية ، ولم يعين الجارية فالصحيح الصحة ، كما لو جرى مع كافر.

فإن قلنا : لا تصح هذه الجعالة ، لم يستحق أجرة ، ويستثني من العكس الشركة ، فإنها إذا كانت صحيحة لا يكون عمل كل واحد منهما في مال صاحبه مضمونا عليه .

وإذا كانت فاسدة يكون مضمونًا كما ذكره الرافعي في بابه .

وأيضًا فلو غصب سلعة ورهنها أو أجرها فتلفت في يد الآخذ، كان للمالك مطالبته على الصحيح ، وإن كان إقرار الضمان على الغاصب .

الثاني : أن ما لا يقتضي صحيحه الضمان إذا صدر من السفيه والصبي، يكون مضمونًا أيضًا مع فساده .

الثالث : أن [المراد من هذه القاعدة التسوية بين الصحيح والفاسد في أصل الضمان لا في الضامن ولا في المقدار، فإنهما قد لا يتساويان .

أما الضامن فلأن الولي إذا استأجر للصبي على عمل استئجارًا فاسدًا ففعله الأجير للصبي ، فتكون الأجرة على الولي لا على الصبى ، كما صرح به البغوي في « فتاويه » بخلاف الصحيحة .

وأما المقدار فلأن صحيح البيع مضمون بالثمن ، وفاسده بالقيمة أو المثل ، وصحيح القرض مضمون بالمثل مطلقًا ، وفاسده بالمثل أو القيمة .

وصحيح القراض والمساقاة والإجارة والمسابقة ونحوها مضمون بالمسمى وفاسدها بأجرة المثل .

قوله : ولو رهنه أيضًا وأذن له في الغراس بعد شهر فهي بعد الشهر عارية ، وقيل : أمانة ، ثم قال : وقوله في « الكتاب » : فهو بعد الغراس عارية ، يجب تأويله لأنه بعد الشهر عارية غرس أم لم يغرس . انتهى كلامه .

واعلم أن اليد في الرهن للمرتهن ، والقبض فيها لا يقتضي الضمان وحينئذ فمجرد إذن المالك في الإنتفاع لا يقتضي كونه مستعيرًا فلا اعتراض إذًا على الغزالي .

ولا يصح مع ذلك أيضًا حكمه بالضمان مطلقًا بعد الشهر .

ولهذا قال ابن أبي الدم : منقول الأصحاب أنه لا ضمان مطلقًا ، ثم حكى احتمالاً أنه إذا قبضه على هذا القصد يكون ضامنًا بعد الشهر مطلقًا. ثم قال : وهذا [خيال] (١) باطل .

نعم : جزم ابن الرفعة في « المطلب » بهذا التفصيل .

قوله في « الروضة » : فرع :

إذا ادعى المرتهن تلف الرهن في يده ، قبل قوله مع يمينه . انتهى كلامه .

وإطلاقه دعوى التلف محله إذا لم يذكر للهلاك سببًا ، أو ذكر سببًا خفيًا .

فإن ذكر سببًا ظاهرًا ، فلا بد فيه من تفصيل مذكور في الوديعة ، كذا قاله الرافعي في آخر الكلام وأهمله المصنف .

قوله : وما دام الدين في ذمة الجاني، هل يقال بأنه مرهون ؟ فيه خلاف.

(١) في جـ : الإحتمال .

قال في «الروضة» : الأرجح أنه مرهون .

قوله : كما لو جني على العبد المستأجر والمودع يكون الخصم فيه المالك. انتهى .

وما ذكره في المودع من أن المخاصم المالك دون المودع عنده ، قد جزم به أيضًا في أثناء الباب الثالث من أبواب الإجارة ، وفي كتاب السرقة ، لكنه خالفهما في كتاب الحج في باب محظورات الإحرام في الكلام على الحلف فجزم هناك بأن له المخاصمة ، وقد سبق لفظه هناك فراجعه .

قوله : فلو قعد الراهن عن الخصومة فقولان في أن المرتهن هل يخاصم؟قال في « التهذيب » : أصحهما [عن الأصحاب] (١) وبه قال القفال ـ رحمه الله ـ أنه لا يخاصم . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره هنا من حكاية الخلاف قولين ، ذكره أيضًا في «الشرح الصغير » لكن حكاه في « المحرر » وجهين ، فقال : في أصح الوجهين . هذا لفظه .

وكذلك في هذا « الكتاب » ـ أعنى « الشرح الكبير» ـ في أثناء الباب الثالث من أبواب الإجارة وستعرف لفظه هناك وتقف فيه أيضًا على فائدة أخرى فراجع ذلك .

ووقعت هذه المواضع للشيخ محيى الدين كما وقعت للرافعي .

الأمر الثاني :

أن الرافعي قد جزم في آخر الدعاوى بأن للمرتهن أن يخاصم، علي عكس ما دل عليه كلامه هنا وفي باب الإجارة ، ذكر ذلك في الباب الأول المعقود لمسائل منثورة ، وسوف أذكر لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى .

---

(١) سقط من جـ .

فتلخص أنه اختلف كلامه في هذه المسألة من ثلاثة أوجه .

واعلم أن غرماء المفلس هل يدعون ؟ وإذا ادعى المفلس وامتنع عن اليمين هل يحلفون ؟ فيه طريقان :

أصحهما : القطع بالمنع .

والثاني : فيه قولان ، فيسأل عن الفرق بينهم وبين المرتهن .

قوله : وإذا ثبتت الجناية ، فإن كانت عمدًا فللراهن أن يقبض ويبطل حق المرتهن ، وإن عفى عن القصاص ثبت المال ، إن قلنا : مطلق العفو يقتضي المال وإلا لم يجب وهو الأصح . كذا قاله في « التهذيب » .

وإن عفى علي أن لا مال ، فإن قلنا : موجب العمد أحد الأمرين لم يصح عفوه عن المال ، وإن قلنا : موجبه القود ، فإن قلنا :] [1] العفو المطلق لا يوجب المال لم يجب شيء .

وإن قلنا : يوجبه فالأصح : أنه لا يجب أيضًا لأن الفعل لم يوجبه وإنما يجب بعفوه وذلك نوع اكتساب، ولا يجب عليه الإكتساب للمرتهن .

ثم قال بعده : وإن لم يقبض ولم يعف فقيل : يجبر على أحدهما ، وقيل : إن قلنا : موجبه أحد الأمرين وإلا فلا ، لأنه يملك اسقاطه فتأخيره أولى بأن يملكه . انتهى .

قال في « الروضة » ينبغي أن يقال : إن قلنا : إذا عفى على أن لا مال، لا يصح أجبر، وإلا فلا .

قوله : فأما إذا أحبلت بعد الرهن فإن قلنا : الحمل لا يعلم بيعت حاملا وهو كالسمن .

وإن قلنا : يعلم . فلا يكون مرهونًا ، ويتعذر بيعها لأن [استثناء][2] الحمل متعذر، ولا سبيل إلى] [3] بيعها حاملاً ، وتوزيع الثمن ، لأن الحمل

(١) سقط من أ .

(٢) في جـ : استبقاء .

(٣) سقط من أ .

لا تعرف قيمته . انتهى .

وما ذكره من تعذر البيع لأجل عدم دخول الحمل ، وتبعه على إطلاقه في « الروضة » عجيب ، فإن المديون إذا امتنع من الوفاء من جهة أخرى أجبره الحاكم على بيعها ، إن لم يكن له مال غيرها ، أو بيع ما شاء من أمواله إما هي أو غيرها، إن كان له ذلك : لأن الحاكم يجبره عليه عند عدم الرهن فمع وجوده أولى، ثم إن تساوى الثمن والدين فلا كلام .

وإن فضل من الثمن شئ أخذه المالك ، وإن نقص طولب بالباقي ، فكيف يجيء إطلاق التعذر ؟ ، وقد نص الشافعي في « الأم » على أن الراهن لو سأل بيعها وتسليم الثمن كله إلى المرتهن كان له ذلك .

إذا علمت ذلك فنقول : صورة المسألة إذا تعلق بالحمل حق ثالث بفلس أو موت أو وصية به ، أو تعلق الدين برقبة الأم دون ذمة مالكها كالجانية والمعارة للرهن ونحوه .

قوله : الثانية : لو جنى المرهون خطأ على طرف من يرثه السيد [كأبيه][(1)] وعمه ثبت المال ، فإن مات قبل الاستيفاء وورثه السيد فوجهان : أصحهما عند الصيدلاني والإمام : أنه كما لو انتقل إليه سقط ، ولا يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين كما لا يجوز ابتداؤه .

والثاني : ـ وهو الذي أورده العراقيون ـ : أنه لا يسقط، وله بيعه فيه كما كان للمورث ، ويحتمل في الاستدامة ما لا يحتمل في الابتداء .

وشبه الأصحاب الوجهين بالوجهين في ما إذا ثبت له دين على غيره ، ثم ملكه هل يسقط ؟ انتهي ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهما : أن ظاهره يشعر برجحان الثاني من جهة النقل في مسألة الجناية ، لكنه صرح بتصحيح الأول في « الشرح الصغير » فقال :

(١) في جـ : كابنه .

أصحهما : أنه يسقط كما انتقل إليه .

الأمر الثاني : أن الراجح في المسألة الثانية ـ وهي ملك المديون ـ أنه لا يسقط كذا صححه الرافعي في الطرف الخامس من كتاب النكاح في الفصل الخامس منه المعقود لنكاح العبد والأمة .

وترجمه في « الروضة » بالباب الحادي عشر، فقال ما نصه : وأصحهما: أنه يبقي كما كان ، لأن للدوام من القوة ما ليس للابتداء . هذا لفظه .

وذكر في « الشرح الصغير » أيضًا هناك مثله ،وفي الفرق بينهما نظر .

وقد نص الشافعي ﷺ في « البويطي » على ما يوافق كلام الرافعي ـ أعني في « الكبير » ـ فقال في باب الرهن الأول ما نصه : قال ـ يعني الشافعي ـ : فإن جنى على مكاتبه فقتله، إن كان نفيسًا فسبيله سبيل عبد السيد ، وهو رهن بحاله ، وإن كان جرحًا فللمكاتب [القود] (١) والعفو عن المال ، وهو في ذلك كالأجنبي إلا أن يمضي الحكم فيه حتى يعجز المكاتب أو يموت ، فيكون للسيد من ذلك ما كان للمكاتب ، لأنه إنما ملكت بملك المكاتب . هذا لفظه بحروفه .

قوله : ولو قتل المرهون عبدًا للسيد مرهونًا عند آخر وقلنا : موجبه القود ، فعفى بغير مال ، فإن قلنا : مطلق العفو لا يوجب المال ، لم يثبت شيء ، وكذا إن قلنا : يوجبه في أصح الوجهين في « التهذيب » لأن القتل غير موجب ، فعفوه المطلق أو على مال نوع اكتساب للمرتهن ، وليس عليه ذلك . انتهى .

والصحيح ما قاله البغوي ، كذا صححه النووي في أصل « الروضة».

قوله : ولو استعار عبدًا من مالكين فرهنه، ثم إذا نصف الدين عن نصيب أحدهما بعينه ، ففي انفكاكه ثلاثة أقوال : ثالثها : إن علم المرتهن أن

---

(١) في جـ : القصاص .

العبد لمالكين انفك ، وإلا فلا .

وفي « عيون المسائل » ما يدل على أن الأظهر الانفكاك . انتهى .

قال في « الروضة » : صرح أيضًا صاحب « الحاوي » وغيره بأن الانفكاك أظهر .

قوله : ولو رهن عبدًا بمائة ، ثم مات عن اثنين فقضى أحدهما حصته، ففي انفكاك نصيبه قولان :

أصحهما : لا ينفك ،لأن الرهن صدر أولاً من واحد ،ولو مات من عليه دين وتعلق الدين بتركته فقضى بعض الورثة نصيبه .

قال الإمام : لا يبعد أن يخرج إنفكاك نصيبه من التركة على قولين، بناء على أن أحد الورثة لو أقر بالدين ، وأنكر الباقون هل على المقر أداء جميع الدين من حصته من التركة ؟ .

وعلى هذا البناء فالأصح الانفكاك ، فإن الجديد : أنه لا يلزمه أداء جميع الدين مما في يده من التركة ، وأيضًا فإن تعلق الدين بالتركة إذا مات الراهن ، إما أن يكون كتعلق الرهن أو كتعلق الأرش بالجاني ، إن كان الأول فهو كما لو تعدد الراهن .

وإن كان الثاني ، فهو كما لو جنى العبد فأدى أحد الشريكين نصيبه ينقطع التعلق عنه .

واعلم أن الحكم بانفكاك نصيبه إنما يظهره إذا كان ابتداء التعلق مع ابتداء تعدد الملاك .

ولو كان الموت مسبوقًا بالمرض فيكون التعلق سابقًا على ملك الورثة ، فإن للدين أثرًا بينًا في الحجر على المريض ، فيشبه أن يكون القول بانفكاك نصيبه كما في الصورة السابقة . انتهى كلامه .

وما ذكره من كون الدين يقتضى الحجر على المريض إنما هو في التبرعات لا في مطلق التصرفات ، ولهذا يجوز للمريض توفية بعض الديون ، وإن أدى إلى حرمان الباقين ، وستعرف ذلك مبسوطًا من كلام الرافعي في باب الوصية قبل الكلام على المسائل الحسابية بقليل .

واعلم أن النووي قد اعترض في « الروضة » على ما بحثه الرافعي هنا من أن هذا إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق مع ابتداء الأملاك . . . إلى آخره .

فقال : الظاهر أن المسألة على إطلاقها ، ثم قرره بتقرير عجيب حاصله : أنه فرق بين مسألتين بصورتهما .

قوله : ولو قال الراهن للمرتهن : بع المرهون لى واستوفِ الثمن، ثم أمسكه لنفسك ، وقلنا بصحة قبضه لنفسه مما في يده بإذنه بعد قبضه للراهن، فهل يشترط إحداث فعل جديد من كيل أو وزن، كما لو عبرنا بالاستيفاء بدلاً عن الإمساك ، فقال : ثم استوفه لنفسك أم لا يشترط ذلك ، بل يكفى امساكه لنفسه ؟ فيه وجهان : قال الإمام : أظهرهما : أنه لا يصح . انتهى .

والصحيح ما صححه الإمام . كذا صححه النووي في أصل «الروضة» .

قوله : الرابعة : لو أطلق وقال : بعه ، ولم يقل : لي ، ولا لنفسك فوجهان : أصحهما : صحة الإذن والبيع ووقوعه للراهن ، كما لو قال لأجنبي : بعه .

والثاني : المنع ، وعللوه بمعنيين :

أحدهما : أن البيع مستحق للمرتهن بعد حلول الحق ، والكلام مفروض فيه ، وإذا كان كذلك [يقيد] (١) الإذن به ، وصار كأنه قال : بعه

(١) في أ : يعقد .

لنفسك .

الثاني : أنه يتهم في ترك النظر استعمالاً للوصول إلى الدين .

وعلى التعليلين لو كان الدين مؤجلاً فقال : بعه ، صح الإذن لعدم الاستحقاق والتهمة .

فإن قال : مع ذلك واستوفِ حقك من ثمنه، جاءت التهمة، ولو قدر له الثمن لم يصح على التعليل الأول ، ويصح على الثاني . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن الحكم بمجيء التهمة فيما إذا أذن فى استيفاء حقه من الثمن ، كيف يستقيم مع أن غايته أنه وعد لا يجب الوفاء به، كما لو قال لغير المرتهن : خذ هذه العين فبعها واستوفِ دينك من ثمنها ، فإن البيع والإذن صحيحان اتفاقًا .

فهذا مثله ، بل أولى ، لأن التهمة فيه أقوى لاستحقاقه المطالبة في هذه الحالة .

الأمر الثاني : أن الحكم بالصحة على التعليل بالتهمة ، فيما إذا قيد الثمن إنما يستقيم إذا منعه من الزيادة أو كان المشترى معينًا .

أما إذا قال مثلاً : بعه بمائة ولم يمنعه من الزيادة ، ولم يعين المشترى فوجد راغبًا بأكثر منها فإنه يجب عليه البيع في أصح الوجهين كما رجحه في الوكالة من « الشرح الصغير » ، وصححه في « الروضة » هناك من «زياداته » ولم يصحح في « الكبير » شيئًا .

قوله : ولو رهن عبدين عند شخص واحد بدينين، فجني أحدهما على الآخر ، فإن اختلف الدينان في الحلول أو التأجيل، فله نقل الوثيقة من المقتول إلى القاتل ، وكذا إن اتفقا ، ولكن اختلفا في القدر ، وكان القتيل

مرهونًا بأكثرهما ... إلى آخره .

ثم قال : وقول الغزالي في « الوسيط » : إن اختلاف جنس الدينين كاختلاف القدر ، فهو وإن كان متجهًا في المعنى فمخالف لنص الشافعي والأصحاب كلهم ، لأنه لا أثر لاختلاف الجنس . انتهى كلامه .

واعلم أن الغزالي قد ذكر في « البسيط » ما يقتضي أنه لم يخالف المعروف فقال : وليس من الأعراض اختلاف الجنس مع الاستواء فى مقدار المالية . هذا لفظه .

وكذا قال في « النهاية » أيضًا ، فدل على أن مراده في « الوسيط » إنما هو الغالب ، وهو اختلاف القيمة عند اختلاف الجنس .

وقد أشار في « الروضة » إلى ذلك من غير أن يقف على كلام «البسيط » فيه ، وكلام « الوسيط » ، فقال : قلت : المراد باختلاف الجنس أن يكون أحدهما دنانير والآخر دراهم ، واستويا في المالية بحيث لو [قوم](١) أحدهما بالآخر لم يزد ولم ينقص ، هذا لفظه .

وهو يقتضي حمل كلام « الوسيط » على ما إذا اتحدت القيمة ، وهو خلاف ما ذكرناه من الجمع بين كلامه .

---

(١) في أ : قرن .

الباب الرابع
في النزاع بين المتعاقدين

قوله : ولو ادعى على اثنين أنهما رهنا ، فزعم كل واحد منهما أنه ما رهن ، وأن شريكه رهن وشهد عليه ، فوجهان :

أحدهما : لا تقبل شهادة واحد منهما ، لأن المدعي يزعم أن كل واحد منهما كاذب .

وقال الأكثرون : تقبل ، لأنهما ربما نسيا ، وإن تعمدا فالكذبة الواحدة [لا توجب الفسق . انتهى .

وما ادعاه من أن الكذبة الواحدة] (١) لا تقدح ، إنما هو عند عدم انضمام غيرها إليها .

وأما هنا فعلى تقدير كذبه عمدًا يكون جاحدًا لحق وجب عليه، فيفسق لذلك .

قوله في أصل « الروضة » : فرع منصوص عليه في « المختصر » : ادعى رجلان على رجل فقال كل واحد : رهنتني عبدك هذا وأقبضتنيه ، فكذب أحدهما وصدق الآخر ، قضي بالرهن للمصدق ، وفي تحليفه للمكذب قولان : أظهرهما : لا . انتهي كلامه .

وما قاله من تصحيح عدم الحلف، قد عداه هنا ـ أعني في هذا الفصل ـ إلى مسائل كثيرة وهو سهو أو غلط، فإن الصحيح المذكور في الإقرار والدعاوى أنه يحلف للمكذب لأنه لو أقر له كان يغرم على الأصح فشرعنا تحليفه لاحتمال أن يرجع فيقر أوِ ينكل فيحلف المدعي، وحينئذ يغرمه .

---

(١) سقط من أ ، جـ .

وسبب الوهم الواقع في « الروضة » : أن الرافعي قـال : أصحهما : لا . قاله في « التهذيب » .

فأطلق النووي التصحيح على كثير من عادته في ذلك ،غير باحث عن المسألة ولا ممعن فيها ، فوقع في ذلك .

ولما نقل الرافعي عن صاحب « التهذيب » ما نقل ، عقبه بما يرشد إلى أن الصحيح خلافه فقال : وهما مبنيان على أنه لو أقر بمال لزيد، ثم أقربه لعمرو هل يغرم قيمته لعمرو ؟ فيه قولان . هذا لفظ الرافعي .

قوله في المسـألة : وإن صدقهـما جميـعًا ، نظر إن لم يدعيـا السبق، أو ادعاه كل واحد منهما ، وقال المدعى عليه : لا أعرف السابق منكما فصدقاه فوجهان :

أحدهما : أنه يقسم الرهن بينهما .

وأصحهما : أنه يحكم ببطلان العقد ، كما إذا زوج وليان من شخصين ولم يعرف السابق منهما . انتهى كلامه .

وما ذكـره في النكاح [ليس] [١] على إطلاقـه ، [بل] [٢] إن لـم يعرف السابق منهما بالكلية ، فالأمر على الصحيح كما قاله من البطلان ، وإن عرف ونسي فالصحيح التوقف ، وينبـغي إتيان هذا التفصيل أيضًا في الرهن .

قـولـه من « زوائده » : ولو قـال المـدعى عليـه : رهـنتـه عند أحـدكم ونسيت. حلف على نفى العلم .

فإن نكل ردت عليهما ، فـإن حلفا ، أو نكلا يفسخ العقد على المذهب الذي قطع به الجـماهيـر في الطرق ، ونقله الإمام وغـيره عن الأصحاب ، وخرج وجه :أنه لا ينفسخ ، بل يفسخه الحاكم ، وبهذا الوجه قطع صاحب

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

« الوسيط » ، وهو شاذ ضعيف .

وإن حلف الراهن على نفي العلم ، تحالفا على الصحيح كما لو نكل ، وفي وجه : أنهيت الخصومة . والله أعلم .

وما نقله النووي ـ رحمه الله ـ هنا عن الإمام سهو، فإن الإمام لم يذكر ذلك إلا فيما إذا صدقهما جميعًا في الرهن ، وادعى نسيان السابق، وتعبيره بقوله : تحالفا موهم ، وليس [المراد التحالف المصطلح عليه ، بل] [١] المراد أن كلاً منهما يحلف .

قوله أيضًا في أصل « الروضة » : ويجري مثل هذا التفصيل فيما إذا اختلف البائع [والمشتري] [٢] ، حيث كان للبائع حق الحبس وصادفنا المبيع في يد المشتري ، وادعى البائع أنه أعاره أو أودعه ، لكن الأصح هنا: حصول القبض لقوة يده بالملك .

وهذا تفريع على أنه لا يبطل حق الحبس بالإعارة والإيداع ، وفيه خلاف سبق . انتهى كلامه .

وما ادعاه من بطلان حق الحبس في المبيع بإعارته صحيح ، وقد سبق في البيع كما أشار إليه .

وأما دعواه أن الخلاف قد سبق أيضًا في الإيداع فغلط ، لم يتقدم له ذكر لا في البيع ، ولا في غيره .

بل المجزوم به هناك : أنه لا يبطل .

وعبارة الرافعي لا يرد عليها شيء ، فإنه قال : وهذا تفريع على أن حق الحبس لا يبطل بالإعارة والإيداع عند المشتري ، وفيه وجهان . هذا

---

(١) سقط من ب .

(٢) في أ : والشريك .

لفظه ، ولم يعبر بقوله : (سبق) .

والخلاف الذي ذكره هنا ثابت ، صرح به إمام الحرمين في باب الرهن والحميل، فقال : إن في بطلانه وجهين مرتبين على الوجهين في العارية ، فمنهم من يقول : الإيداع أولى بالبطلان ، من جهة أنه يبعد أن يحفظ المالك ملكه لغيره .

ومنهم من جعل الإيداع أولى بأن لا يبطل ، فإنه ليس فيه تسليط أصلاً ، وفي الإعارة تسليط .

قوله : ولو أقر الراهن بالقبض ، ثم قال : لم يكن إقراري عن حقيقة ، وطلب يمين المرتهن ، فله تحليفه إن ذكر تأويلاً ، وإن لم يذكر ، ففي تحليفه خلاف ... إلى آخره .

والصحيح : أن له ذلك ، كذا صححه الرافعي في « المحرر » ، وقال في « الروضة » : إنه أفقه وأصح .

قوله : أحدهما : إقرار الراهن بأن العبد المرهون كان قد أتلف مالاً أو جني على نفس جناية توجب المال ، إذا صدقه المجني عليه وادعاه ، لا يقبل على المرتهن في أصح القولين .

ثم قال : ويجري القولان فيما لو قال : كنت غصبته أو اشتريته شراءً فاسداً ، أو بعته قبل أن رهنته أو وهبته وأقبضته .

وفيما لو قال : كنت أعتقته ، قال الشيخ أبو حامد : ولا حاجة في هذه الصورة إلى تصديق العبد ، ودعواه بخلاف سائر الصور . انتهى كلامه .

وليس المراد بهذا الكلام الأخير، أن العبد يشترط تصديقه فيما عدا العتق من الدعاوى المتقدمة ، فإن ذلك لا يشترط قطعًا ، بل المراد أن صاحب الحق لابد من تصديقه إلا في العتق ، لما يتعلق بالحرية من حقوق الله تعالى فافهمه .

وقد أحسن في « الروضة » حيث بيّن ذلك ، فقال : بخلاف المقر له في سائر الصور .

قوله في المسألة : وإذا حلف المرتهن على نفي ذلك ، فهل يغرم الراهن للمجني عليه ؟

فيه قولان : أصحهما : أنه يغرم . انتهى ملخصًا .

تابعه في « الروضة » على أن الخلاف المذكور في الغرامة قولان .

وخالف في « المنهاج » ، فجعله وجهين ، ولم يبين في « المحرر » هل ذلك قولان أو وجهان ، غير أنه عبر بالأصح ، ولا اصطلاح له فيه كما علمته ، فقلده فيه النووي ، فوقع في هذا الاختلاف ، والصواب المذكور.

قوله أيضًا في المسألة : فإن نكل ـ أى المرتهن ـ فعلى من يرد اليمين ؟ فيه قولان ، ويقال : وجهان :

أحدهما : على الراهن لأنه المالك .

وأصحهما : على المجنى عليه . انتهى .

تابعه النووي في « الروضة » على تصحيح أن الخلاف قولان ، وجزم في « المنهاج » بكونه وجهين تقليدًا لتعبير « المحرر » بالأصح أيضًا .

قوله : وإذا رهن جارية موطوءة فأتت بولد يمكن أن يكون منه ، فقال الراهن : هذا الولد منى ، وكنت وطئتها قبل لزوم الرهن ، نظر إن صدقه المرتهن فواضح ، وإن كذبه ولا بينة ، ففي قبول إقراره لثبوت الاستيلاد قولان كما لو أقر بالعتق . ونظائره . وعلى كل حال فالولد حر ثابت النسب عند الإمكان . انتهى كلامه .

وما قاله الرافعي من حرية الولد على كل حال ـ أى على القولين ـ تبعه عليه في « الروضة » ، وهو إنما يستقيم إذا قلنا : إن الحمل لا يدخل

في رهن الحامل .

والصحيح خلافه على ما سبق ، أما إذا قلنا : يدخل . وكان الوضع لدون ستة أشهر من حين الرهن ، فيكون على الخلاف في أمه ، والصحيح أنها مرهونة كما سبق .

قوله في « الروضة » : [فصل] (١) : عليه دينان أحدهما حال ، أو به رهن أو كفيل ، أو هو ثمن مبيع محبوس به فسلم إليه ألفًا وقال : أعطيتك عنه .

وقال القابض : بل عن الدين الآخر ، فالقول قول الدافع ، سواء اختلفا في نيته أو لفظه . انتهى كلامه .

سكت عن تحليف الدافع ، وحكمه : أنهما لو اختلفا في اللفظ فيحلف بلا نزاع .

وإن اختلفا في النية فوجهان حكاهما في « الاستقصاء » ،والصحيح : التحليف .

وقيل : يقبل بلا يمين .

وجزم الرافعي بالتحليف في المسألتين ، ولكن حذفه النووي من «الروضة » .

واعلم أنهما لو تنازعا عند الدفع في المؤدى عنه فالاختيار إلى الدافع . كذا صرح به الرافعي في باب الكتابة ، وهو يؤخذ من قوة كلام الرافعي هنا ، ولكن تستثنى مسألة واحدة وهي المكاتب .

فإن الاختيار إلى سيده لا له ، ومع هذا فلو لم يتعرضا للجهة ، ثم قال المكاتب : قصدت النجوم .

---

(١) سقط من أ .

وأنكر السيد أو قال : صدقت ، ولكن قصدت أنا الدين فوجهان :

أصحهـما فى « زوائد الروضة » : تصـديق المكاتب ، وهو مشكل ، لأنه قد جزم بأن الاختيار هنا إلى السيد .

قوله من « زياداته » : قال أصحـابنا : لو كان بالمرهون عيب ، ولم يعلم به المرتهن حـتى مات ، أو حـدث به عيب فـي يده ، لم يكن له فسخ البـيع المشـروط فيـه ، كـما لو جـرى ذلك في يد المشـتـري ، وليس له أن يطالب بالأرش ليكون مرهونًا ، صرح به القاضي أبو الطيب [وغيره][1] . انتهى .

وهذه المسألة قد ذكرها الرافعي في كـتاب البيع في الكلام على شروط الرهن .

---

(١) سقط من جـ .

كتاب التفليس

قوله : أما في الشرع ، فقد قال الأئمة ـ رحمهم الله ـ : المفلس من عليه ديون لا تفي بماله . انتهى كلامه .

وهذا التفسير تبعه عليه في « الروضة » ، **وهو غير مستقيم لأمرين :**

أحدهما : أن أهل الشرع متى أطلقوا المفلس ، فقالوا : هل يصح بيعه أم لا ؟ فيه خلاف .

وهل يصح شراؤه ؟ أيضًا فيه خلاف ، إلى غير ذلك من المسائل ، لا يريدون به ما قاله الرافعي قطعًا ، فإنه لا خلاف في صحة بيعه وشرائه، بل إنما يريدون المحجور عليه بسبب الديون المذكورة ، فالصواب تفسيره بذلك .

وقد فسره به الماوردي والبندنيجي والمحاملي وغيرهم .

الأمر الثاني : أنه لا بد من تقييد الديون ، بأن تكون لآدميين فلو كان عليه دين لله تعالى ودين لآدمي والمجموع ناقص عن ماله ، ودين الآدمي على حدته لا ينقص ، فإنه لا [يحجر] (١) لأجله .

فإن الرافعي قال في الباب الثاني من كتاب الأيمان بعد ذكره الأقوال الثلاثة في اجتماع حقوق الله تعالى [وحقوق الآدميين ما نصه : ولا تجري هذه الأقوال الثلاثة في المحجور عليه الفلس إذا اجتمعت حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين بل تقدم حقوق الآدميين وتؤخر حقوق الله تعالى] (٢) ما دام حيًا . هذا لفظه .

وهي مسألة نفيسة استفدنا منها : تخصيص قولهم هنا أن ماله يقسم

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

على نسبة ديونه .

ويلزم من ذلك أن لا يعتبر دخول هذه الديون في الحساب كما ذكرناه، لأنا إذا قدمنا ديون الآدميين وكان مال المفلس وافيًا بها ، فكيف يحجر مع إمكان وفائهم ؟

قوله : الذي يدل عليه كلام الأصحاب تعريضًا ، وتصريحًا ... إلى آخره .

قد تقدم الكلام عليه في الكلام على القبض .

قوله في الضابط المتقدم : وأما الثاني وهو أن يكون ماله قاصرًا عن الوفاء بالديون ، فيجوز أن يقال : إنه لا حاجة إليه ، بل مجرد الدين يكفي لجواز الحجر منعًا له من التصرف فيما عساه يحدث له باصطياد واتهاب، والظفر بركاز وغيرها .

فإن كان كذلك فليفسر المفلس بالذي ليس له مال يفي بديونه لينتظم من لا مال له أصلاً ، ومن له مال قاصر . انتهى كلامه .

وحاصله أن الرافعي متوقف في هذه المسألة ، ولا نقل عنده فيها ، ولم يذكر النووي في « الروضة » شيئًا من هذا الكلام، وهو غريب .

قوله : لا يجوز الحجر لدين الغائبين، لأنه لا يستوفي ما لهم في الذمم ، إنما يحفظ أعيان أموالهم . انتهى .

اعلم أن قبض الحاكم أموال الغائبين أعيانًا كانت أو ديونًا ، قد ذكرها الرافعي في مواضع متفرقة ، وبعض المواضع يخالف بعضًا ، أو يزيد عليه، فلنذكر تلك المواضع لعموم الحاجة إلى هذه المسألة ، فنقول : قد ذكر ما يوافق المذكور هنا في أوائل استيفاء القصاص ، فقال : وذكر ابن الصباغ أن الحاكم ليس له أخذ مال الغائب المغصوب .

وفي كلام الإمام وغيره ما ينازع فيه ، ويشعر بأنه يأخذه له ويحفظه . انتهى .

وقال أيضًا في كتاب الوديعة : إن المودع إذا حمل الوديعة إلى القاضي عند تعذر الإعطاء إلى المالك ، يجب عليه الأخذ على الأصح .

ثم قال : ولو حمل الغاصب المغصوب إلى القاضي، ففي وجوب القبول الوجهان ، لكن هذا أولى بالمنع ليبقى مضمونًا للمالك . انتهى .

وهذا الكلام مقتضاه الوجوب ، لأن قوله : وهذا أولى ، لا يقتضي تصحيح العكس ، بل يقتضي الأولوية فقط مع الاشتراك في التصحيح .

وقد نبه عليه [ابن الرفعة] (١) في كتاب التيمم .

إذا علمت ذلك كله ، فقد قال في أوائل الباب الثاني من أبواب السرقة: ولو أقر بغصب مال غائب لم يحبس ، لأن الحاكم لا يطالب بمال الغائبين ، هذا كلامه .

وقال في باب اللقطة في التقاط العبد : لو أخذ [القاضي] (٢) المغصوب من الغاصب ليحفظه للمالك،هل يبرأ الغاصب من الضمان ؟ فيه وجهان ، ظاهر القياس فيهما البراءة ،لأن يد القاضي نائبة عن يد المالك .

فإن قلنا : لا يبرأ ، فللقاضي أخذها .

وإن قلنا : يبرأ ، فإن كان المالك عرضه للضياع والغاصب ، بحيث لا يبعد أن يفلس إن تغيب وجهه فكذلك ، وإلا فوجهان .

وليس لآحاد الناس أخذ المغصوب ، إذا لم يكن في معرض الضياع ،

---

(١) في ب : الرافعي .

(٢) سقط من ب .

ولا الغاصب ،بحيث تفوت مطالبته ظاهرًا ، وإن كان كذلك فوجهان :

أظهرهما : المنع ،لأن القاضي نائب عن الغائبين . انتهى .

وأعلم أن العين إذا مات صاحبها ووارثه غائب ، فإن القاضي يأخذها نظرًا إلى حق الميت ، هكذا نبه عليه الرافعي في استيفاء القصاص ، وجعل محل الخلاف فيما عدا ذلك ، لكنه ذكرها في أثناء الباب الرابع المعقود للشاهد واليمين .

ثم قال : وينبغي أن يجري فيها الخلاف في العين المغصوبة ، وهو ذهول عما قرره هناك .

واعلم أيضًا أن الرافعي صحح في الباب [الرابع المعقود للشاهد واليمين] (١) : أن القاضي لا يجب عليه قبول دين الغائب .

قال : سواء كان مخلفًا عن ميت أم لا .

وصححه أيضًا في كتاب الوديعة ، وهو يوهم جواز قبضه ، وليس كذلك ، فاعلمه لما سبق في هذا الباب ، ولما ذكره في الكتابة عقب الكلام على الإيتاء ، فإنه قال : ولو أتى بالنجم قبل المحل والسيد غائب قبضه الحاكم إذا علم أن السيد لا ضرر عليه في أخذه .

قال الصيدلاني : ومثله لو كان للغائب دين على حر ، فأتي به الحاكم، فالأصح منع قبضه منه لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين والحظ للغائب في أن يبقي المال في ذمة الملى فإنه خير من أن يصير أمانة عند الحاكم. انتهى .

وقد صرح الشافعي في « الأم » أيضًا بمنع ذلك ، فقال في أواخر الكتابة في باب ميراث سيد المكاتب ما نصه : فإذا كان الورثة كبارًا فسأل المكاتب أن يدفع الكتابة ـ يعني النجوم ـ إلى عدل يقبضه لهم إن لم يكن

---

(١) سقط من جـ .

لهم وكيل كان ذلك له .

فإذا دفعه عتق المكاتب ، وليس هذا الدين لهم على رجل، ثم غابوا عنه فجاء به إلى الحاكم ليدفعه هذا لا يدفعه إلا إليهم ، أو وكيل، فإن لم يكن لهم وكيل تركه الحاكم فلم يأمر بقبضه من صاحبه الذي هو عليه ، لأن في الكتابة عتقًا للعبد فلا يحبس بالعتق ، وليس في الدين شيء يحبس عنه صاحب الدين . هذا لفظ الشافعي . بحروفه .

وهو يدل على أن الدين إذا كان به رهن يقبضه الحاكم فاعلمه .

وقال الفارقي : محل الخلاف إذا كان المديون ثقة مليًا ، فإن لم يكن كذلك وجب على الحاكم قبضه بلا خلاف .

قوله : ولا تحل ديونه بالإفلاس في أصح القولين ، وعن الشيخ أبى محمد ترتيب هذين القولين على القولين فى أن من عليه الدين المؤجل لو جن ، هل يحل الأجل ؟، وأن الحلول في صورة الجنون أولى ، لأن المجنون لا استقلال له كالميت .

ورأى الإمام الترتيب بالعكس أولى ، لأن قيم المجنون له أن يبتاع له بثمن مؤجل عند ظهور المصلحة .

فإذا لم يمنع الجنون الأجل ابتداء فلأن لا يقطع الأجل دوامًا كان أولى. انتهى كلامه .

وحاصله أنه لم يصحح في مسألة الجنون شيئًا أصلاً ، وقد صحح النووي في أصل « الروضة » الحلول ،وجعل مقابله ضعيفًا فقال : ولو جن وعليه دين مؤجل حل على المشهور . هذا لفظه ، ومن خطه نقلت .

وهو بعيد في المعنى ، مخالف لكلام الرافعي ، إلا أن خطه الذي نقلت منه وقع فيه كشط قبيل التعبير بالمشهور .

قوله : وإذا اشترى أعيانًا بثمن مؤجل ، ثم حجر عليه دخلت الأعيان في البيع .

ثم قال : وعلى هذا فإن لم يتفق بيعها وقسمتها حتى حل الأجل ففي جواز الفسخ الآن وجهان . انتهي كلامه .

والصحيح منهما هو جواز الفسخ ، كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » في أوائل الكلام على الرجوع وعبر بالأصح ، ولم يصحح في «الروضة » أيضًا شيئًا غير أنه نقل من « زياداته » أن الصحيح في «الوجيز» الجواز . وهذا التصحيح الذي نقله عن « الوجيز » هو مذكور فيه في الكلام على الرجوع على ما نقله [عنه الرافعي هناك فافهمه ، فإنه قد يعترض على النووي بعدم وجدانه] [١] في موضعه .

ولم يذكر المسألة في « المحرر » .

ومن نظائر المسألة : ما إذا باع بثمن مؤجل وحل الأجل قبل التسليم ، ففي الشرح و « الروضة » قبيل الكلام على التولية الجزم بأنه لا حبس .

وجزم به الرافعي هنا أيضًا .

ومن نظائرها أيضًا ما إذا وقع ذلك في الصداق ، فهل للمرأة أن تمنع من تسليم نفسها ؟فيه اضطراب في الترجيح ، ستعرفه في موضعه إن شاء الله تعالى.

قوله في أصل « الروضة » : وإذا حجر عليه في صورة المساواة ، فهل لمن وجد عين ماله الرجوع ؟ فيه وجهان . انتهى .

والأصح منهما أن له ذلك ، كذا صححه الرافعي في « الشرح الكبير» وعبر بالأصح ، هذا هو الموجود في النسخ الصحيحة ، ويوجد في بعضها بلا تصحيح ، ولعلها التى وقعت للنووي .

---

(١) سقط من جـ .

قال ـ رحمه الله ـ : للحجر أربعة أحكام :

الأول : منع التصرف

قوله : فلو تصرف في عين من أعيان أمواله ، ففيه قولان : أصحهما : أنه لا يصح التصرف في شيء منها .

والثاني : أنه موقوف .

ثم قال : واختلفوا في محل القولين ، فمن قاصرين لهما على ما إذا اقتصر الحاكم على الحجر ، ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه ، فإن فعل ذلك ، لم ينفذ تصرفه قولاً واحداً .

واحتجوا بأن الشافعي ﷺ قال : إذا جعل ماله لغرمائه فلا زكاة عليه ؛ ومن طاردين لهما في الحالتين ، وهو الأشهر .

قال هو : لا ، وتجب الزكاة عليه في أظهر القولين ما دام ملكه باقياً ، والنص محمول على ما إذا باعه منهم . انتهى كلامه .

وما ذكره ها هنا من تصحيح وجوب الزكاة في هذه الحالة وأنه هو الأشهر على ما اقتضاه كلامه أيضاً ، قد ناقضه مناقضة عجيبة في الكلام على شروط الزكاة ، وسبق هناك ذكر لفظه فراجعه .

قوله : فإن نفذنا تصرفات المحجور عليه ، واحتجنا إلى النقض لقضاء الدين نقضنا الأضعف فالأضعف ، ثم قال : والأضعف الرهن والهبة ثم البيع ثم الكتابة ثم العتق . انتهى كلامه .

لم يبين حكم الرهن مع الهبة ولا حكم الوقف ، وقد بينه في « الروضة » ، فقال في الرهن مع الهبة : إن الرهن أضعف ، لأنه لا تملك به العين .

وقال في العتق : إن صاحب « الشامل » جعله أضعف من الكتابة ، وأن صاحب « البيان » قال : ينبغي أن يكون الأمر بالعكس ، ثم قال ـ أعنى النووي ـ : إنه أصح .

قوله : وإن أقر بدين ، فإن أسنده إلى ما قبل الحجر ، لزم في حق الغرماء في أصح القولين .

وإن أسنده إلى ما بعد الحجر فإن قال : عند معاملة لم يقبل في حقهم .

وإن قال : عن إتلاف أو جناية ، قبل في أصح الطريقين .

ثم قال : وإن أقر بدين ولم يسنده ، فقياس المذهب التنزيل على الأقل ، وجعله كما لو أسند لزومه إلى ما بعد الحجر . انتهى كلامه .

ومعناه أن قياس المذهب هو تنزيل الإقرار على أقل المراتب وهو ما بعد الحجر ، لأنه المحقق لا على أعلاها ، وهو ما قبله .

فعلى هذا إذا أضافه لمعاملة لم يقبل ، وإن أضافه لجناية قبل في الأصح .

إذا علمت ذلك ففيه أمور :

أحدها : أن النووي في « الروضة » قد انعكس عليه هذا الكلام ، فجعل مكان (قبل الحجر) ، كذا رأيته بخطه كما هو في النسخ أيضًا .

ويلزم منه أن يقبل مطلقًا سواء أضافه لمعاملة أم [لا] (١) ، وهو عكس الحكم .

الثاني : وقد نبه عليه في « الروضة » فقال : هذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر ، فإن أمكنت فينبغي أن يراجع لأنه يقبل إقراره ، وهذا الذي قاله صحيح لا شك فيه .

---

(١) سقط من أ.

الثالث : أن الرافعي قد ذكر في كتاب الإقرار أن العبد إذا أقر بدين [من إتلاف وكذبه السيد لا يقبل وإن أقر بدين من معاملة وكان مأذونًا له في التجارة قبل ، ثم قال : إن المأذون له إذا أقر بدين] (١) ، ولم يبين جهته ، بل أطلق أنه لا ينزل على دين المعاملة في أظهر الوجهين لاحتمال أن يكون عن إتلاف .

وهذه المسألة ونحوها هي المقتضية لقول الرافعي : أن قياس المذهب هو التنزيل على الأقل ، لأن أقل المراتب هنا هو الإتلاف ، لكن قياس المذهب أيضًا إجراء الوجهين .

قوله : فرع :

لو ادعي مدعي على المفلس مالاً لزمه قبل الحجر ، وأنكر المفلس ولم يحلف ، فحلف المدعي إن قلنا النكول ورد اليمين كالبينة ، فيزاحم الحالف الغرماء ، وإن قلنا ، كالإقرار فعلى القولين . انتهى كلامه .

وما قاله من المزاحمة تفريعًا على جعله كالبينة ، تبعه عليه في «الروضة» أيضًا ، وليس كذلك فاعلمه ، فإن الصحيح المذكور في الدعاوى أن الحكم لا يتعدى إلى ثالث إذا جعلناه كالبينة ، بل يكون قاصراً عليهما .

وما قاله هنا هو الوجه المرجوح في موضعه ، حتى قال الرافعي في آخر الشركة : إن الأئمة اتفقوا على ضعفه .

قوله في أصل « الروضة » : ولو اشترى شيئًا في الذمة ففي ثبوت الخيار للبائع أوجه : أصحها : التفصيل بين العلم والجهل .

ثم قال : فإن لم نثبته فهل يزاحم الغرماء بالثمن ؟ فيه وجهان :

---

(١) سقط من أ ، جـ .

أصحهما : [لا] [١] ، لأنه حادث برضى مستحقه . انتهى .

وإذا قلنا بالمزاحمة فإنا نزاحمهم في المنع خاصة ، كذا صرح به الإمام والغزالي في « البسيط » ، وكلام الرافعي تبعًا « للوسيط » و « الوجيز » يوهم أنه يزاحم على هذا الوجه في جميع أموال المفلس ، ولم يتعرض في « الروضة » لذلك كما تراه .

قوله : وفيه مسألتان :

إحداهما : لو اشترى قبل الحجر شيئًا فوجده بعد الحجر معيبًا فله رده، إذا كانت الغبطة في الرد .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه يشعر بعدم وجوب الرد ، فإنه عبر بقوله : (فله رده) ، لكن سيأتي بعد هذه المسألة نص للشافعي في مسألة تدل على وجوب الرد هنا ،كما ستعرفه ،وأيضًا فإنه بعد هذا في الكلام على اشتراط الخيار حكى أن في الفسخ والإجارة ثلاثة طرق : أصحها : الجواز مطلقًا.

ثم قال : والطريق الثاني : أن تجويز كل منهما تنفيذ بشرط الغبطة كما في الرد بالعيب . هذا لفظه .

فاقتضى أن الرد بالعيب لا تجوز فيه الإجارة ، ولا الفسخ إلا على وفق الغبطة .

لكن صرح القاضي حسين بعدم وجوب الرد ، فيحتمل أن يقال بتسليمه وامتناع الإجازة غير أن النص لا يساعده .

الأمر الثاني : أن تقييد الجواز بما إذا كان فيه غبطة ، يقتضي أنه لا يجوز إذا لم يكن غبطة أصلاً لا في الرد ولا في الإمساك ، لكن

---

(١) سقط من أ.

المنقول في نظير المسألة أنه يجوز ، وذلك لأن الفسخ والإجازة بالخيار فيهما ثلاثة طرق ، وقد سبق ذكر طريقين منها ، والثالث : أنا لا ننفذ على خلاف الغبطة إخراج شيء عن الملك ، ولا يكلف رد شيء إلى الملك .

فإن أجاز المشتري على خلاف الغبطة جاز ، إن قلنا : الملك في المبيع له .

وإن قلنا : للبائع ، فلا .

وإن فسخ على خلاف الغبطة فلا يجوز إن جعلنا الملك له ، وإن جعلناه للبائع جاز ، وقس على هذا إجازة البائع وفسخه .

إذا علمت ذلك فقد قال الإمام بعد حكاية ذلك ما نصه : والذي دل عليه كلام المشايخ في هذه الطريقة ، أنه ينفذ الفسخ والإجازة إذا استوى وجه الغبطة ، ولم يترجح وجه على وجه . هذا لفظه فيتجه جريان مثل ذلك في الرد بالعيب ، إلا أن يفرق بين ملك المشتري على ما فيه العيب تام ثابت، فيتعلق حق الغرماء به .

وحينئذ فلا يجوز للمفلس قطع حقهم إلا عند ظهور الغبطة ، بخلاف الملك في زمن الخيار .

قوله : فإن كانت الغبطة في إبقائه ، بأن كان معيبًا أكثر قيمة من الثمن، لم يكن له الرد لما فيه من تفويت المال لغير عرض ، ولهذا نص الشافعي ﷺ على أنه إذا اشترى في صحته شيئًا ثم مرض ووجده معيبًا فأمسكه ؛ والغبطة في رده كان المقدار الذي ينقصه العيب معتبرًا من الثلث ، وكذا ولى الطفل إذا وجد ما اشتراه للطفل معيبًا ، لا يرده إذا كانت الغبطة في إبقائه . انتهى كلامه .

وهذا النص مشهور في كتب المذهب نقله الإمام وغيره ، لكن الاستشهاد به على امتناع الرد حيث كانت الغبطة في الإبقاء سهو ، فإنه

إنما يدل على عكسه وهو الامتناع حيث كانت الغبطة في الرد ، وكأنه ـ والله أعلم ـ أراد أن يستدل به على القسم الأول فاستدل على الثاني سهواً .

وهذا هو النص الذي تقدم أنه يدل على وجوب الرد ، ووجه دلالته عليه إن تركه لما حسب على المريض من الثلث لزم أن يمنع المفلس منه، لأنه تفويت، وهذه القاعدة صرح بها جماعة منهم الغزالي في « بسيطه » .

واعلم أن الرافعي قد ذكر في الوصية مسألة قريبة من مسألة النص في المعنى ، ومخالفة لها في الحكم فقال : لو اشترى شيئًا محاباة ثم مرض ثم علم عيبه فلم يرد مع إمكانه لا تحسب محاباة من الثلث .

قوله : وفرق بينه وبين مسألة المريض بأن حجر المريض أقوى .

ألا ترى أن إمضاء الورثة تصرف المريض قبل الموت لا يفيد شيئًا ، وإمضاء الغرماء وإذنهم في ما يفعله المفلس يقيده الصحة والاعتبار . انتهي كلامه .

وما ادعاه من صحة تصرفه عند إذن الغرماء وعند إمضائهم ما يفعله ليس كذلك كما ذكره في موضعه وهو في الكلام على ما إذا لم يبق له مال فقال : ولو باع من أجنبي بإذن الغرماء لم يصح أيضًا ، وقال الإمام : يحتمل أن يصح . هذا لفظه .

قوله : من مات وعليه دين فادعى وارثه دينًا على رجل ، وأقام شاهدًا ولم يحلف ، لم يرد اليمين على الغرماء في الجديد . انتهى .

قال الفوراني : محل هذين القولين إذا لم يكن في التركة وفاء من غير هذا الدين ، فإن كان لم يحلف قطعًا .

قوله : وفرع ابن كج على قول أن غرماء المفلس يحلفون فرعين :

أحدهما : أنه لو حلف بعضهم استحق الحالفون بالقسط .

والثاني : لو حلفوا ثم أبرئوا من ديونهم فهل يكون المحلوف عليه لهم ، ويبطل الإبراء ؟ أم يكون للمفلس أم يبقى على المدعى عليه ولا يستوفى أصلاً ؟ فيه ثلاثة أوجه . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » قد انعكس عليه الوجه الثالث فعبر بقوله : أم يسقط عن المدعى عليه ؟ .

الأمر الثاني : أن الراجح على ما أشار إليه النووي هو الوجه الثاني فقال : ينبغي أن يكون الأصح كونه للمفلس .

قال : ويجيء مثله في غرماء الميت ، قال : وأما الفرع الأول فقاله آخرون ، منهم صاحب « الحاوي » .

قوله : من عليه الدين إن أراد أن يسافر ، نظر إن كان حالاً فلصاحبه منعه حتى يقضي حقه ، وإن كان مؤجلاً ... إلى آخره .

هذا الكلام تبعه عليه في « الروضة » ، وهو يوهم أن صاحب الدين الحال إذا لم يؤخذ منه منع ولا إذن ، وذلك بألا يعلمه أو أعلمه فسكت يجوز للمديون السفر ، وليس كذلك ، فقد قال في أوائل السير : فمن عليه دين حال لمسلم أو ذمي ، ليس له أن يخرج في سفر جهاد أو غيره إلا بإذنه ، وله أن يمنعه من السفر ، هذا كلامه .

قال ـ رحمه الله ـ :

الحكم الثاني : في بيع ماله وقسمته

قوله في أصل « الروضة » : أما الذي له مال وعليه دين ، فيجب أداؤه إذا طلب . انتهى .

هذه العبارة لم يصرح بها الرافعي ، وهى تقتضي أن الدين لا يجب أداؤه قبل طلبه .

والمسألة فيها وجهان ، نقلهما الشيخ تقي الدين في « شرح العمدة » في الكلام على قوله ﷺ : « **مطل الغني ظلم** »[1] ، وجزم شيخه الشيخ عز الدين في « القواعد الكبرى » بعدم الوجوب ، ذكر ذلك في آخر الفصل المعقود لتنويع العبادات البدنية ، وهو نحو نصف الكتاب .

قال : فإن ظهرت قرائن خالية تشعر بالطلب، ففي وجوبه احتمال ، وتردد ، وجزم به أيضًا ـ أعنى بعدم الوجوب ـ الإمام أبو المظفر السمعاني في كتاب « القواطع في أصول الفقه » ، ذكر ذلك في فصل معقود لبيان ما أسقط من الحقوق بعذر الصبي ، وهذا هو المفهوم من كلام الأكثرين أيضًا .

إذا علمت ذلك ، فقد ذكر ـ أعن النووي ـ في أواخر كتاب الحجر كلامًا حاصله الوجوب ، وذكر معه صورة لا يجب فيها ذلك ، وستعرف لفظه هناك فراجعه .

وأطال ابن الرفعة الكلام فيها ،فقال في كتاب الرهن من « الكفاية » : قال صاحب « البحر » في كتاب الغصب : يحتمل أن يقال : إن كان

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٦٦) ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة ﷺ .

وجوبه يرضي المالك فهو على التراخي ، ويتعين أداؤه بالمطالبة أو الخوف منه على ماله أن يفوت .

وإن كان وجوبه بغير رضى المالك فالقضاء على الفور ، لأن صاحبه لم يرضَ بوجوبه في ذمته ، وهذا لأنه إن كان برضى المالك فصاحب الدين مندوب إلى ألا يطالب بالدين ، ولو كان وجوب القضاء على الفور لكان مندوبًا إلى المطالبة ليخرج من عليه الدين من العصيان بتأخر القضاء.

ويحتمل أن يقال : إن كان الوجوب بغير رضاه ، نظر إن كان صاحب الحق لا يعلم به فيكون على الفور ، وإن كان عالمًا به فإن وجب بتعدٍ منه كان على الفور ، وإن كان بغير تعدٍ كان على التراخي .

وقال الإمام في كتاب الوكالة : إنه لا يتعين أداؤه إلا بالمطالبة .

وقال في كتاب القاضي إلى القاضي ، بعد قوله : إن الأداء لا يلزم إلا مع طلبه ، وقد يقول [الفقيه] (١) : من عليه دين حال يلزم أداؤه ، وإن لم يطالبه صاحبه. انتهى ما نقله ابن الرفعة .

وقال الماوردي في آواخر الوصية : إذا كان على المحجور دين فيجب على الولى قضاؤه إن ثبت وطالب به صاحبه .

فإن أمسك عن المطالبة نظر ، فإن كان مال المحجور ناضًا ألزمهم الولى قبض ديونهم ، أو الإبراء منها خوفًا من أن يتلف المال .

وإن كان أرضًا أو عقارًا تركهم على خيارهم في المطالبة إذا شاؤوا . انتهى .

وقد سكت عما إذا كان ماله من المنقولات ، ويتجه إلحاقه بالناض .

---

(١) سقط من أ.

ثم إن ما قاله - أعني الماوردي - إنما يأتي إذا كان صاحب الدين رشيدًا، فإن كان أيضًا محجورًا عليه حرم التأخير ، لأن [إثم ولى] (١) المستحق بالتأخير لا يكون عذرًا لمن يجب عليه الوفاء سواء كان هو المديون أو وليه .

واعلم أن الأصحاب قد قالوا في كتاب الجنائز : أنه تجب المبادرة إلى وفاء دين الميت تبرئة لذمته ، وخوفًا من تلف ماله .

ويتجه تخصيص ذلك بما إذا كان الميت مكلفًا ، فإن لم يكن كان على مالكه.

ولقائل أن يقول : يعدى ذلك إلى المكلف أيضًا .

وإذا علمت جميع ما تقدم فيتلخص منه أن الدين على أقسام :

أحدها : أن يكون محجورًا على مثله .

الثاني : عكسه .

الثالث : لرشيد على محجور .

الرابع : بالعكس .

وإذا كان على مكلف فقد يكون حيًا ، وقد يكون ميتًا كما تقدم . وأيضًا فقد يكون المستحق عالمًا به ، وقد لا يكون ، والذي لا يعلم به مستحقه يكون الإعلام فيه كالأداء في الجواز وأيضًا فالواجب قد يكون رضي صاحبه بتأخيره بمثابة الأداء أيضًا .

وينشأ مما ذكرناه أقسام كثيرة لا يخفى حكمها مما سبق .

قوله : وغير المفلس من المديونين إذا امتنع من قضاء الدين وبيع المال فيه يبيع الحاكم ماله ويقسمه بين الغرماء ، وعند أبى حنيفة لا يبيعه بل يحبه . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ.

وهو يوهم تعين البيع عندنا ، والذي قاله الأصحاب كما نقله النووي، أنه مخير بين هذا وبين إكراهه على البيع وتعزيره عليه بالحبس وغيره .

قوله « من زياداته » : وفي « فتاوى » صاحب « الشامل » : أن المحبوس يمنع من الاستمتاع بالزوجة .

قال : وفي « فتاوى الغزالي » أن الرأي فيه إلى القاضي . انتهى ملخصًا.

وهذه المسألة قد أعادها في الباب الثاني في « جامع آداب القضاء » في آخر الطرف الأول منه ، وجزم بالمنع ، وهو مخالف لكل من هذين النقلين المذكورين هنا ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى .

قوله : ثم خالف الحاكم وسلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن ، وكيف يضمن ؟ سنذكره إن شاء الله تعالى . انتهى كلامه .

والموضع الذي وعد بذكره هو الوكالة ، وقد وقع كذلك في بعض نسخ الرافعي .

قوله : وتقدم بيع المرهون والجاني ليتعجل حق مستحقهما . انتهى .

ويلحق أيضًا بهما في التقديم المال الذي تعلق به عامل القراض ، ويقدم بالربح المشروط .

قوله : وذكر صاحب « التقريب » : أنه لا يكلف الغرماء عند القسمة، أو أنه ينبه على أنه لا غريم سواهم ، وقال الإمام : يكلفون إن كلفنا الورثة، ويفارق إن تفرق فإن الورثة على كل حال أضبط من الغرماء . انتهى ملخصًا .

قال في « الروضة » : الأصح قول صاحب « التقريب » ، وهو ظاهر

كلام الجمهور .

قال : ويفرق أيضًا بأن الغريم الموجود تيقنا استحقاقه لما يخصه، وشككنا في مزاحم ، ثم لو قدر مزاحم لم يخرج هذا عن كونه يستحق هذا القدر في الذمة ، وليست مزاحمة الغرم متجهة ، فإنه لو أبرأ أو عوض سلمنا الجميع إلى الآخر ، والوارث يخالفه في جميع ذلك .

قوله : هذا كله إذا كان الغريم الذي ظهر قديمًا ، فإن كان حادثًا بعد الحجر ، فلا يشارك الأولين في المال القديم . انتهى كلامه .

وما قاله من عدم المشاركة بسبب الدين الحادث ليس على إطلاقه ، فقد تقدم أنه لو كان بجناية شارك .

وذكر بعد ذلك : أنه لو تقدم سببه لشارك أيضًا ، كما إذا انهدمت الدار التى أجرها وقبض أجرتها وتلفت .

قوله : وإن ظهر مال قديم وحدث مال باحتطاب وغيره ، فالقديم للقدماء خاصة ، والحادث للكل . انتهى كلامه .

وما ادعاه أن الحادث للجميع ، تبعه عليه في « الروضة » ، ولا يخلو إما أن يكون حدوثه قبل فك الحجر أو بعده ، فإن حدث قبله اختص به أصحاب الديون المتقدمة على حدوثه ، لأن [الرافعي] (١) قد ذكر أنه لو اشترى سلعة تعدى إليها الحجر ولا يضارب البائع بثمنها على الصحيح .

فإذا لم يضارب هذا ، فأولى ألا يضارب غيره ممن لم يأخذ الغرماء في مقابلته شيئًا .

وإن حدث بعد فك الحجر ، فلا يتعلق به حق أحد من الغرماء لا من

---

(١) سقط من أ.

الأولين ولا من غيرهم ، بل يتصرف فيه المديون كيف شاء .

وقد ذكر ابن الرفعة الشطر الأول من هذا الاعتراض ، وسكت عن الثاني.

ونقل عن الشافعي : أنه فرض المسألة بعد فك الحجر ، وكذلك الماوردي والروياني .

واستشعر الروياني هذا الاعتراض ، وصور المسألة بما إذا أعاد القاضي الحجر .

فإن قيل : كيف يتأتى الفرق بين المال القديم والحادث لأن القاضي إذا فك فلا فرق أيضًا ؟ .

قلنا : قد صرح الماوردي بأنه إذا ظهر له مال ، يكون الحجر باقيًا فيما ظهر ، واقتضى كلامه اختصاص الحجر به .

قوله : ولو نصب الحاكم أمينًا حتى باعه ، ففي كونه طريقًا في الضمان إذا خرج مستحقًا وجهان كما ذكرنا في نظيره من الرهن . انتهى .

والأصح هناك كما قاله الرافعي : أنه لا يضمن ،لأنه ثابت الحكم ، والحاكم لا يضمن .

وذكر في « الروضة » هنا : أن صاحب « التهذيب » صحح عدم الضمان واقتصر عليه .

قوله : ينفق الحاكم على المفلس إلى فراغه من بيع ماله وقسمته ، وكذا ينفق على من عليه مؤنته من الزوجات والأقارب ، لأنه موسر ما لم يزل ملكه . انتهى .

تابعه على هذا الاطلاق في « الروضة » ، وينبغي استثناء من تزوج بها في حال الحجر ، فإنها لا تستحق شيئًا من ذلك المال .

وقد صرح - أعني الرافعي - بذلك في كتاب النكاح ، وكذلك الجرجاني في « المعاياة » هنا ، وفرق بينها وبين تجدد الولد ، بأن الزوجة تجددت باختياره بخلاف الولد .

فإن قيل : إن الرافعي قد قال في باب الحجر : إن السفيه إذا أقر بنسب ، فإنه يثبت وينفق على الولد المستلحق من بيت المال ، فهل يستثني أيضًا ذلك من هذا الباب ؟ قلنا : لا ، بل الأمر على ما أطلقوه ، ويستحق المذكور النفقة ، فإن إقرار السفيه بالمال وبما يقتضيه لا يقبل بخلاف إقرار المفلس ، فإنه مقبول على الصحيح فغايته ها هنا أن يكون قد أقر بدين ، وإقراره به مقبول ، ويجب أداؤه فبطريق الأولى وجوب الإنفاق لأنه وقع بطريق البيع ، ويغتفر في الأمور التابعة ما لا يغتفر بطريق الأصالة، لثبوت النسب بشهادة النسوة بالولادة .

قوله : وأما قدر نفقة الزوجات ، فقال الإمام : لا شك أن نفقته نفقة المعسرين .

وقال الروياني : نفقة الموسرين ، وهذا قياس الباب إذ لو كان ينفق نفقة المعسر لما أنفق على القريب . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : ذكر الشافعي في « المختصر » ما يوافق كلام الإمام فقال : أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة ، وكسوة ، هذا كلامه .

ونقله عنه في « الروضة » وقال : إنه يرجح كلام الإمام .

الثاني : أن استدلال الرافعي بما قاله استدلال عجيب ، لأن اليسار المشروط في نفقة الزوجة غير اليسار المشروط في نفقة القريب ، كما ذكره

هو وغيره في موضعه ، فلا يلزم من انتفاء الأول انتفاء الثاني .

قوله : الرابعة : يترك له قوت يوم القسمة . انتهى .

والمراد اليوم بليلته ، كذا صرح به البغوي في « التهذيب » ، ونقله عنه النووي في تعليقه على « المهذب » وارتضاه .

قوله : وذكر الغزالي أنه يترك له سكني ذلك اليوم أيضًا ، فاستمر على قياس النفقة ، لكن لم يتعرض له غيره . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا ، وما نقله عن الغزالي ولم يذكر معه ما يقتضي موافقة ولا مخالفة ، قد جزم به في أوائل العتق في الكلام على السراية .

قوله من « زياداته » : قال في « البيان » : وتسلم النفقة إليه ـ أي إلى المفلس ـ يومًا بيوم . انتهى .

ذكر مثله أيضًا صاحب « التتمة » .

قوله : وليس على المفلس أن يكتسب ... إلى آخره .

هذا إذا لم يلزمه الدين بسبب هو عاص به ، فإن كان كذلك وجب عليه الاكتساب لوفائه ، كذا ذكره ابن الصلاح فيما جمعه من الفوائد في رحلته إلى بلاد الشرق عن الإمام أبي عبد الله محمد بن الفضل الفزاري من أصحابنا ، وهو واضح ، لأن التوبة مما فعله واجبة ، وهي متوقفه في حقوق الآدميين على الرد .

قوله : وهل تؤجر عليه أم ولده وضيعته الموقوفة عليه ؟ فيه وجهان ، مال الإمام إلى المنع ؛ لكن في تعاليق العراقيين: أن الإيجار أظهر . انتهى .

زاد في « الروضة » على هذا فقال : قلت : الإيجار أصح ، وصححه في « المحرر » .

ومـا نقله عن « المحـرر » ليس مطابقًـا له ، فإنه عـبـر بقـوله : فيـه وجهان، رجح منهما الإجارة . هذا لفظه .

[بصيغة البناء للمفعول ، ومدلوله أن بعضهم رجحه هذا الترجيح دون الترجيح المذكور في « الروضة »] [1] .

(١) سقط من أ.

قال ـ رحمه الله ـ :

الحكم الثالث : حبسه

قوله : روي أنه ﷺ قال : ليّ الواجد يحل ، عقوبته وعرضه . انتهى .

اللي بفتح اللام وبالياء المشددة هو المطل .

والواجد بالجيم هو القادر .

ويحل بضم الياء .

ومعناه أن المطل من القادر يبيح العرض كقوله : يا ظالم يا مماطل .

وكذلك العقوبة وهي الحبس وغيره من التعزيرات .

واعلم أن الذي وقعت الإجارة على عينه لا يحبس في الديون ، بل يقدم حق المستأجر كما تقدم حق المرتهن ، لا سيما والعمل مستحق في الإجارة بعينه ، والحبس ليس مستحقًا في نفسه ، وإنما هو وسيلة إلى الحق، كذا قاله الغزالي في «فتاويه» .

وقياسه ألا يحضر أيضًا مجلس القاضي إذا طلب .

وحكى شريح الروياني في إذن القضاء وجهين في تقييد المحبوس إذا كان لجوجًا صبورًا على الحبس .

قوله : وإن ادعى المديون أنه معسر لا شيء له ، أو قسم مال المحجور على الغرماء ونفي بعض الديون فزعم ، أنه لا يملك شيئًا آخر ، وكان الدين قد لزم لا في معاملة ، قال فثلاثة أوجه :

أصحها : أنه يقبل قوله .

والثاني : يحتاج إلى التنبيه ،لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئًا قل

أو كثر... إلى آخره .

وهذا التعليل المذكور للمسألتين لا يستقيم بالنسبة إلى المسألة الثانية ، لأنه قد وجد له مال وقسم وقبضه الظاهر الذي قاله قد علمنا به .

وهذا الاعتراض حكى ، وقد نبه عليه ابن الرفعة في « الكفاية » .

قوله في شهود الإعسار : ويعتبر مع ذلك كونهم من أهل الخبرة الباطنة، ثم إن عرف القاضي أنهم بهذه الصفة فذاك ، وإلا فله اعتماد قولهم أنا بهذه الصفة ، ذكره في « النهاية » . انتهى .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وتابعه عليه في « الروضة » **وفيه أمران :**

أحدهما : أن الإمام قد صرح بنقل ذلك عن الأئمة ، فقال : إن علم أن المشهور من أهل الخبرة الباطنة في الإعسار ونظائره . . إلى آخر ما قاله الرافعي .

ثم قال في آخره : وإن أطلق الشهادة على الإعسار ، ولم يتبين القاضي من جهة بحثه ولا من جهة ذكر الشاهد أنه من أهل الخبرة ، فيتوقف لا محالة . هكذا ذكر الأئمة . هذا لفظ الإمام .

الأمر الثاني : أن كلام « النهاية » مستفاد منه جريان هذا التفصيل بعينه في شهود التزكية .

ولما تكلم الرافعي على المسألة في كتاب القضاء في فصل القضاء على الغائب ، لم يذكر هذا التفصيل المذكور هنا ، بل نقل عن « الوسيط » أن للقاضي يجب أن يعرف ذلك ، ولم يزد عليه .

ثم قال : وإذا علم من عدالته أنه لا يزكى إلا بعد الخبرة فيعتمده ، هذا كلامه هناك .

وينبغي جريان هذا التفصيل الأخير في المفلس .

قوله : وأما الصيغة فهى أن يقولوا : هو معسر لا يملك إلا قوت يومه ، وثوب بدنه . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه ينبغي أن يضيف إلى هذا ما يصرفه لسكنى اليوم ، فإنه يستثنى أيضًا كما نقلناه قبل هذا الموضع بنحو ورقة عن الرافعي .

الأمر الثاني : أنه إذا كان مالكًا لما لا يتأتى مصرفه إلى الدين كالمغصوب والغائب ، فإن وجوده كعدمه ، ولهذا جوزوا له أخذ الزكاة .

وحينئذ فيسمع منه إقامة البينة على الإعسار ، فلا تتأتى إقامتها بالصيغة المذكورة هنا لأنه مالك ، بل يتعين التعبير بالقدرة والوصول ونحوهما ، فالغالب أن الشخص لا يعيش طول عمره من غير ظلامة تتعلق به ، فينبغي التعبير بما قلناه .

قوله : وحيث قبلنا قوله بيمينه فيقبل في الحال ، كما لو أقام البينة تسمع في الحال .

قال الإمام : ويحتمل أن يقال : يتأني القاضي ويبحث عن باطن حاله ، ولا يقنع بقوله بخلاف ما إذا أقام البينة . انتهى .

تابعه في « الروضة » على نقل ذلك احتمالاً له فقط ، وهو يوهم أن الراجح عنده خلافه ، أو أنه لم يرجح شيئًا ، وليس كذلك ، فقد قال الإمام : لست أرى قبول ذلك ويظهر عندي تأني القاضي في إطلاقه مع البحث الممكن من أحواله .

[قوله : وفي حبس الوالد بدين الولد وجهان، أصحهما عند الغزالي: يحبس] (١) وأصحهما في « التهذيب » وغيره : لا يحبس ، ولا فرق بين

(١) سقط من أ.

دين النفقة وغيرها . انتهى ملخصًا .

تابعه عليه في « الروضة » ، وهو يشعر برجحان عدم الحبس ، والأمر كذلك فاعلمه ، فقد صححه الرافعي في كتاب الشهادات [وعبر بالأصح ، وتابعه على تصحيحه في «الروضة» ، وحكى هناك] [١] وجهًا ثالثًا أنه يحبس في دين النفقة دون غيرها .

واختار صاحب « الحاوي الصغير » أنه يحبس .

(١) سقط من أ.

قال ـ رحمه الله ـ :

الحكم الرابع : الرجوع إلى عين المبيع

قوله : ولو صرح الحديث ، ذهب الإصطخري إلى أنه لو حكم بالمنع من الفسخ حاكم نقض حكمه . انتهى .

وهذا الذي قاله الإصطخري قد صحح في « الروضة » خلافه، فقال : الأصح أنه لا ينقض حكم من حكم بمنع الفسخ لاختلاف فيه . هذا كلامه .

والعلة التي قالها باطلة ، فإن الذي يمنع النقض إنما هو كون المسألة اجتهادية .

وأما الاختلاف فيها فلا ، قالا : لكن يؤدي إلى ألا ينقض حكم في مسألة مختلف فيها ، بل إن كان الخلاف معارضًا للنص أو القياس الجلي فلا أثر له وينقض حكم من حكم به ، وإلا فلا كما أوضحوه في بابه .

واعلم أن هذه المسألة ذكرها في « التهذيب » ، ونقل عن الاصطخري ما نقله هاهنا ، ثم قال : ويحتمل ألا ينقض .

قال النووي في الكلام عليه في « تعليقه » : صحح ابن عصرون هذا الاحتمال ، وحكى صاحب « البيان » و « التهذيب » فيه وجهين ، قال : وكأنهما نظرا إلى هذا الاحتمال ، فإن صح ما قاله ظهرت المناقشة على إثبات الخلاف ، فضلاً عن تصحيحه وتعبيره بالأصح .

قوله : ولو كان قد ضمن بالثمن ضامن ، فإن ضمن بإذن المشتري فله الرجوع على المشتري ، لأنه ليس بمتبرع والوصول من يده كالوصول من يد المشتري .

وإن ضمن بغير إذنه فوجهان : في أحدهما :يرجع كما لو تبرع متبرع بالثمن ، وفي الثاني : لا ، لأن الحق قد تقرر في ذمته وتوجهت المطالبة عليه بخلاف المتبرع .

ولو أعير من المشتري ما يرهنه بالثمن ، فرهنه فعلى هذا الخلاف . انتهى كلامه .

وما ذكره في العارية من تخريجه على الضمان بغير الإذن ، كيف يستقيم مع انتفاء الإذن هناك ، ووجوده هنا ، بل الصواب إلحاق هذه بالضمان بالإذن ، وأن يكون الرهن ابتداءً كالضمان بغير الإذن .

وقد ذكر صاحب « التتمة » ذلك على الصواب فقال : الرابعة : إذا أفلس المشتري وبالثمن ضامن هل للبائع الفسخ والرجوع في عين ماله؟ نظر ، فإن كان الضامن قد ضمن بإذن المشتري فليس له الفسخ، لأن الضامن ليس بمتبرع ، ووصوله إلى الثمن من جهته كوصوله إليه من جهة المشتري.

وإن كان قد ضمن بغير إذنه فوجهان :

أحدهما : له الرجوع، لأن الضامن متبرع ، ولا يلزمه قبول التبرع .

والثاني : لا يجوز له [الرجوع ، لأن الحق قد ثبت في ذمته ، ولهذا يجوز له مطالبته بخلاف المتبرع، فإنه لا يجوز له] (١) مطالبته .

وهذا الحكم فيما لو كان قد رهن بعض الناس ماله بالثمن ، ثم أفلس المشتري . هذا لفظه .

وهو كلام صحيح ، ولا شك أن الرافعي لما نقل عنه تحرف عليه آخر الكلام.

ويؤيده مع كثرة نقل الرافعي عنه أنه نقل عنه في المسألة التي قبل هذه، ثم نقل هذه بالترجيح كما في « التتمة » ، وبالتعليل الذي ذكره بعينه .

---

(١) سقط من جـ .

واعلم أن النووي في « الروضة » لما ذكر المسألة ذكر أحد سببيها خاصة، وهو الضمان بغير الإذن ونسي ذكر الآخر .

قوله : ولو انقطع حبس الثمن ، فإن جوزنا الاعتياض عنه انتفى التعذر، وإن منعنا كان كانقطاع المسلم فيه .

وحينئذ فيثبت له الفسخ . انتهى .

وذكره أيضًا كذلك في « الشرح الصغير » وتابعه في « الروضة » ، وصرح بامتناع الفسخ إذا جوزنا الاعتياض كما هو مدلول كلام الرافعي ، ومنع الفسخ مشكل لا يوافق القواعد ، فإن المعقود عليه إذا فات خيار الفسخ لفوات المفقود منه .

وقد جزم به الرافعي في فوات المبيع ، وذكر أيضًا أن إتلاف الثمن المعين كإتلاف المبيع حتى يقتضي التخيير .

وإذا ثبت جواز الفسخ فيه لفوات عينه مع إمكان الرجوع إلى جنسه ونوعه ، فبطريق الأولى عند فوات الجنس .

ومنقول الأصحاب في هذه المسألة لا يوافق المذكور في الرافعي ، فقد قال القاضي الحسين في أواخر باب الربا من « تعليقه » قبل باب اللحم باللحم بنحو ورقة : لا يجوز الاستبدال عنه ، ولا يفسد العقد ، وإن قلنا: إنه لا يجوز الاستبدال عنه ، **ففيه قولان :**

أحدهما : ينفسخ العقد .

والثاني : يثبت له حق الفسخ . هذا لفظه .

ففرع على عدم الاستبدال عدم الفساد ، وهو صحيح لا عدم الفسخ .

وقال الإمام في أوائل الكتابة : ولهذا ذهب معظم الأصحاب إلى

انقطاع حبس الملتزم هنا لا يوجب انفساخ العقد ، وفي انقطاع المسلم فيه قولان ، وذهب المحققون إلى التسوية . هذا لفظه .

وحاصله أنه هل يجيء القولان أو يقطع بأحدهما وهو عدم الانفساخ، والقائل هناك بهذا القول يجوز الفسخ .

وذكر في « التتمة » في الباب السابع من أبواب البيع في أواخر الفصل الثالث منه نحوه فقال : والثمن مما يستقر في الذمة من غير قبض، بدليل أنه جنس الثمن إذا انقطع عند أيدي الناس لا ينفسخ العقد . هذا كلامه .

واعلم أن الإمام قال في أوائل الفلس : فإن ألحقنا الثمن بالمسلم فيه مع منع الاستبدال عنه ، فلو انقطع جنس الثمن كان كما لو انقطع المسلم فيه . هذا لفظه .

ولم يتعرض للتفريع على جواز الاستبدال ، وذكر مثله الغزالي في «البسيط » ، ثم إنه في « الوسيط » ذكره ظانًا أن التقسيم يقتضي عدم الفسخ ، وصرح به مع عدم الانفساخ كما ذكره إمامه في الكتابة ، وذكره غير إمامه أيضًا ، فتابعه عليه الرافعي .

وذكر ابن الرفعة في « المطلب » في الكلام على قول الغزالي في البيع: وإن غلب في العروض حبس ، وأخذ ما ذكره الإمام ناقلاً له عنه ، واقتصر عليه ، وذكر هنا ما ذكره الغزالي ، ونقله عنه فقط ، واستشكله وأشار إلي أنه من تفرداته .

قوله : فإذا أجر أرضًا أو دابة ، وأفلس المستأجر قبل تسليم الأجرة ، ومضي المدة فللمؤجر فسخ الإجارة ... إلي آخره .

اعلم أن الإجارات المعتادة الآن ، وهي التي تستحق فيها أجرة كل شهر عند انقضائه ، لا فسخ فيها ، لأن الفسخ من شرطه أن يكون العوض

حالاً والمعوض باقيًا ، فلا يتأتى الفسخ قبل الشهر، لعدم المطالبة بالأجرة ، ولا بعده ، لأن منفعته قد فاتت ، فهى كالمبيع يتلف ، وهكذا العمل في كل شهر .

وحينئذ فلا يتصور فيها الفسخ ، وإنما يتصور إذا كانت الأجرة كلها حالة فاعلمه ، وتفطن له .

وقد نبه عليه مع وضوحه ابن الصلاح في « فتاويه » .

قوله : باع مالاً واستوفى ثمنه وامتنع من تسليم المبيع أو هرب ، فهل للمشتري الفسخ كما لو أنفق المبيع أم لا لأنه لا نقص في نفس المبيع ؟ فيه وجهان .

منقولان في « التتمة » . انتهى .

لم يصح في « الروضة » شيئًا منهما ، والأصح، امتناع الفسخ ، كذا صححه الرافعي والمصنف في نظير المسألة ، وهو امتناع المشتري وهربه .

قوله : ولو استولدها ثم حجر عليه بالفلس، لم يكن للبائع الرجوع . انتهى ملخصًا .

وامتناع الفسخ هو الصواب المذكور في أكثر كتب النووي .

وادعي في « تصحيح التنبيه » أنه لا خلاف ، فإنه عبر بالصواب ، ووقع في « فتاوى النووي » أنه يرجع ، وهو غلط فاعلمه .

قوله : وإن أجره فلا رجوع إن لم نجوز بيع المستأجر ، وإن جوزناه فإن شاء أخذه مسلوب المنفعة لحق المستأجر ، وإلا ضارب بالثمن . انتهى كلامه.

وما ذكره هنا من التخريج على البيع، قياسه أن يأتي أيضًا في رجوع الواهب ، لكنه لم يرتضه، فقال ما حاصله : إن المذهب الذي قطع به

الأكثرون هو الجواز .

وقال الإمام : إن جوزنا بيع المستأجر رجع ، وإلا فوجهان .

قوله : ولو حجر عليه بعد ما زال ملكه ، ثم عاد ، نظر : إن عاد بلا عوض كالهبة والإرث ففي الرجوع وجهان .

ثم قال : وهذا الخلاف كما ذكرنا في مثله من الرد بالعيب . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضى هذا الكلام تصحيح جواز الرجوع ، لأنه الصحيح في الرد بالعيب على ما اقتضاه كلامه في هذا الكتاب ، وصرح به في «المحرر» ، ولا جزم ، وصرح به هنا في « الشرح الصغير » ـ أعني بجواز الرجوع ـ وعبر بالأظهر .

الأمر الثاني : أن النووي في « الروضة » لما اختصر هذا الكلام حكى وجهين ، ولم يزد عليهما ، ثم ذكر من « زياداته » أن الصحيح عدم الرجوع على العكس هنا ، صرح به في « الشرح الصغير » ، واقتضاه كلامه هنا .

قوله من « زوائده » : قلت : لو كن المبيع شقصًا مشفوعًا ولم يعلم الشفيع حتى حجر على المشتري ، وأفلس بالثمن ، فأوجه :

أحدها : يأخذه الشفيع ، ويؤخذ منه الثمن ، فيخص به البائع جمعًا بين الحقين .

والثاني : يأخذه البائع .

وأصحها عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب وآخرين : يأخذه الشفيع ، ويكون الثمن بين الغرماء ، والله أعلم .

وهذه المسألة قد ذكرها الرافعي في كتاب الشفعة في الكلام على الركن الثالث ، وصرح بتصحيح الوجه الثالث ، وزاد وجهًا رابعًا : وهو أن

البائع إن كان قد سلم الشقص قبل فلس المشتري لم يكن أولي بالثمن لرضاه بذمته ، وإن لم يسلمه فهو أولى بالثمن ، ثم إن مقتضى ما ذكره هناك : أنه لا فرق بين أن يعلم الشفيع قبل الحجر أو بعده .

نعم إن علم وأخذ قبل الحجر فلا رجوع للبائع جزمًا ، وسوف أذكر صور هذه المسألة إن شاء الله تعالي في كتاب الشفعة للتنبيه على غلط وقع في الرافعي و « الروضة » .

قوله في أصل « الروضة » : وإن كان التغييب بجناية المشتري فطريقان:

أصحهما عند الإمام : أنه كالأجنبي ، لأن جناية المشتري قبض واستيفاء ، وكأنه صرف جزءًا من المبيع إلى غرضه .

والثاني وبه قطع صاحب « التهذيب » وغيره :أنه كجناية البائع على المبيع قبل القبض ، ففي قول كالأجنبي ،وعلى الأظهر كالآفة السماوية .

قلت : المذهب أنه كالآفة ، وبه قطع جماعات ، والله أعلم . انتهى كلامه.

وما نقله في الأصل عن « التهذيب » من إلحاقه بجناية البائع حتي يجيء فيه القولان غلط ، بل صاحب « التهذيب » من الجماعات الذين نقل عنهم من « زياداته » القطع بإلحاقه بالآفة ، فإنه قال : ولو جنى عليه المشتري ،فهو كما لو حصل النقصان بآفة سماوية ،فالبائع إن شاء أخذ المبيع ولا شيء عليه ، وإن شاء ترك وضارب الغرماء بالثمن . هذا لفظه .

وقد ذكره الرافعي في الشرحين على الصواب ، وإنما فهمه على غير وجهه ، فإنه لما ذكر القول الثاني من الطريقة الثانية عبر بقوله : وهذا ما أورده صاحب « التهذيب » وغيره، مشيرًا به إلى القول ، فظن النووي أنه أشار إلى الطريقة فصرح به فغلط .

قوله : أما إذا باع عبدين متساويي القيمة بمائة ، وقبض خمسين فتلف

أحدهما في يد المشتري ، ثم أفلس فالجديد أنه يرجع ، وعلى هذا فإن لم يرجع ، نص أنه يرجع في جميع العبد الباقي بما بقي من الثمن .

وله فيما إذا أصدقها أربعين شاة وحال عليها الحول فأخرجت شاة ، ثم طلقها قبل الدخول ، قولان :

أحدهما : يرجع بعشرين شاة ، وهو قياس نصه ها هنا .

والثاني : أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة الشاة المخرجة .

واختلفوا ها هنا ، وعلى هذا فأظهرهما : المنصوص ، والطريق الثاني: القطع بالمنصوص . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن الراجح طريقة القولين ، فقد جزم بها الرافعي في «المحرر» ، وتبعه عليه النووي في « المنهاج » ، ولا يؤخذ من كلام «الشرح الصغير » أيضًا تصحيح واحدة من الطريقين .

الأمر الثاني : أن النووي صحح في أصل « الروضة » طريقة القطع، فقال ما نصه : هذا هو المذهب والمنصوص ، وقيل : فيه قول مخرج . هذا لفظه .

فانظر كيف ضعف اثباته فقال : وقيل فيه قولان ، ولم يقل: وفيه قول . وهذا واضح ، وقد صرح به في أول الإشارات التي جمعها على «الروضة» ، « كالدقائق » على « المنهاج » فقال : وقولي : وقيل : تخريجه على القديم ،إشارة إلي طريقين : أصحهما : القطع بالثانية إثبات قولين ، وقد ذكرت لفظه هناك .

وإذا علمت ما قاله في « الروضة » ، ظهر لك عليه استدراكان :

أحدهما : مخالفته لما في « المنهاج » .

والثاني : إدخال تصحيح في كلام الرافعي لما يذكره .

قوله : فرعان : أحدهما : إذا غلى الزيت حتى ذهب بعضه ، ثم أفلس فوجهان :

أحدهما : أنه كما لو تعيب المبيع ، وكان الزائل صفة النقل .

وأصحهما : أنه بمثابة تلف المبيع .

وينبغي أن يطرد الوجه الأول في إغلاء الغاصب الزيت المغصوب ، وليس له ذكر هناك ، ولم يتعرض له المعظم ها هنا . انتهى كلامه .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ من أن الوجه لم يذكروه هناك غريب ، فقد ذكره جماعة ، وممن ذكره الغزالي في « الوسيط » ناقلاً له عن ابن سريج، وكذلك ذكره هو ـ أعني الرافعي ـ ونقله عن صاحب « التلخيص » ، وكأن الرافعي ـ رحمه الله ـ اغتر بكلام المشروح وهو « الوجيز » ، فإنه حكى الوجهين هنا ، وجزم هناك .

واعلم أن في هذه المسألة ومسألة العصير كلامًا آخر يتعين الوقوف عليه أذكره إن شاء الله تعالى في باب الغصب فراجعه .

قوله **ولصاحب « التلخيص » في المسألة كلام غلطوه فيه . انتهى .**

والذي قاله في «التلخيص» أنه نقصان عين أو صفة فيرجع في الذاهب، ويضارب بأرش نقصان الباقي ، ثم خطأه الإمام في تغريمه أرش نقصان الباقي ، قال : لأن الغليان كالتلف .

والذي قاله الإمام غير ظاهر ، بل الغليان كإتلاف المشتري ، وفيه خلاف مشهور ، حتى اختار الإمام أنه كتعييب الأجنبي ، وحينئذ فلا يقال في هذا : إنه غلط ، بل هو الحق .

ونقل الغزالي في « الوسيط » و « البسيط » كلام « التلخيص » على

غير وجهه ، ثم نقل في « البسيط » عن الإمام تخطئته فيه ، فاعلم ذلك واجتنبه .

قوله : إحداها : المتصلة من كل وجه كالسمن وتعلم الحرفة ، فلا عبرة بها ، وللبائع الرجوع من غير أن يلتزم للزيادة شيئًا . انتهى كلامه .

وما ذكره في الحرفة من أن البائع يفوز بها ليس كذلك ، بل أصح القولين أن المشتري يكون شريكًا بنسبة الزيادة ، كذا ذكره الرافعي بعد ذلك في الكلام على القصارة ، فقال : وإذا اشتري حنطة يطحنها ، أو ثوبًا يقصره وزادت القيمة فأصح القولين أنها تجري مجرى الأعيان ، ويصير المفلس شريكًا .

ثم قال : وعن أبي إسحاق ، أن تعلم العبد القرآن والحرفة والكتابة والشعر المباح ورياضة الدابة لا يلحق بها ، ولا يجري مجرى الأعيان قطعًا لأنه ليس بيد المعلم والرائض إلا التعليم ، وقد يجتهد فيه ولا يحصل الغرض، فكان كالسمن ونحوه ، ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة وابن القطان أيضًا .

والأصح ، أنها من صور القولين ، لأنها أعمال يجوز الاستئجار عليها، وضبط صور القولين أن يصنع بالمبيع ما يجوز الاستئجار عليه ، وظهر به أثر فيه دائمًا ، وإنما اعتبرنا ظهور الأثر ، لأن حفظ الدابة وسياستها على عمل يجوز الاستئجار عليه ، ولا تثبت به الشركة ، لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدابة . هذا كلام الرافعي .

والعمدة على الموضع الثاني ، لأنه موضع الإمعان في المسألة ، وذكر مقالة الناس فيها ، ووقع الموضعان كذلك في «الروضة » ، والموضع الأول في « المحرر » و « المنهاج » و « الشرح الصغير » فاعلمه واجتنبه .

قوله في الكلام على ما إذا ولدت الجارية عند المفلس : وها هنا مباحثة وهي أنهم لم يذكروا هنا احتمال التفريق ، وإنما احتالوا في دفعه فيجوز أن يقال به ، كما قيل به في الرد بالعيب ، ويجوز أن يفرق بأن مال المفلس مبيع كله . انتهى ملخصًا .

وليس الأمر كما قال الرافعي من عدم ذكره هنا ، بل قد ذكره جماعة، والغريب أن صاحب « التتمة » منهم ، وقد علمت استمداد الرافعي منها .

وذكره أيضًا الماوردي في « الحاوي » ، والشاشي في « الحلية » ، وجزم به الإمام في كتاب السير، فقال : جوزوا الرجوع في الأم للضرورة، فتعليله بالضرورة صريح في جواز التفريق .

نعم أكثر من نقل هذا الوجه ضعفه ، وفرق بما ذكره الرافعي ، وقال في « الروضة » : الفرق هو الصواب الذي قطع به الجمهور ، ثم نقل بعض ما [نقلناه] (١) .

قوله : ولو كان المبيع بذرًا فذرعه ، أو بيضة ففرخت ففيه وجهان : الأصح عند أصحابنا العراقيين ، وصاحب « التهذيب » :الوجه الثاني ، وسترى في كتاب الغصب ما يؤيده ، واختار صاحب « الكتاب » والقاضيان أبو الطيب وابن كج : أنه لا رجوع . انتهى .

والضابط المذكور في المسألة السابقة يقتضي أن البائع لا يفوز بالزيادة فاعلمه .

قوله : وإن كانت حاملاً عند الشراء ، حائلاً عند الرجوع ، أو بالعكس ففي تعدي الرجوع إلى الولد قولان ... إلى آخره .

هذا سبق الكلام عليه في الرد [بالعيب] (٢) والرهن فراجعه .

---

(١) في جـ : قلناه .

(٢) في أ : بالعيب .

قوله : ذنابة البطن في انفصال الجنين ... إلى آخره .

هذه اللفظة قد ذكرها أيضًا فى أوائل النفقات ، في الكلام على نفقة الزوجات في أواخر كتاب القضاء قبيل الكلام على القضاء على الغائب ، وهى بضم الذال المعجمة وكسرها ، وبعدها نون ثم باء موحدة بينهما ألفًا ومعهما هاء طرف الشيء ومنتهاه .

ولو عبر بقوله : تذنبت لكان أظهر ، وجعله في « الروضة » فرعًا .

قوله : ولو رجع فى الأرض المبيعة وهى مزروعة ، ترك زرع المشتري إلى الحصاد ... إلى آخره .

ثم قال : وعن صاحب « التقريب » : أن ابن سريج خرج قولاً : أن للبائع طلب أجرة المثل لمدة بقاء الزرع ، كما لو بنى المشتري أو غرس كان للبائع الإبقاء بالأجرة على ما سيأتي . انتهى .

وما ذكره في استحقاق الأجرة في البناء والغراس ، قد تابعه عليه في «الروضة » أيضًا وهو غريب ، فإن الرافعي لم يوجبها ، بل ولا أثبت إيجابها قولاً ولا وجهًا ، فإن الإمام حكى قولاً بإيجابها ، فأنكر الرافعي عليه ذلك ، وتبعه عليه في « الروضة » ، وسأذكر ذلك قريبًا إن شاء الله تعالى .

قوله : واعلم أن استتار الثمرة بالأكمة وظهورها بالتأبير قريبان من استتار الجنين وظهوره بالانفصال ، وفيها الأحوال الأربعة المذكورة في الجنين :

أولها : أن يشتري نخيلاً وعليها ثمرة مؤبرة ، وكانت عند الرجوع غير مؤبرة أيضًا [فهى للبائع] (١) .

وثانيها : أن يشتريها ولا ثمرة عليها ، ثم كانت لها ثمار عند الرجوع ،

(١) سقط من أ ، ب .

فعلى الخلاف في الحمل .

ثالثها : إذا كانت ثمرتها عند الشراء غير مؤبرة وعند الرجوع مؤبرة ، فقيل : على القولين في الحمل ، وقيل : يرجع قطعًا .

رابعها : أن تكون فارغة عند الشراء فأطلعت عند المشتري ، ثم جاء وقت الرجوع وهي غير مؤبرة فقولان .

إذا علمت هذه الصور فقد قال بعد ذلك : الثانية : إذا ثبت الرجوع في الثمار، إما بالتصريح ببيعها مع الأشجار وهي مؤبرة ، أو على أحد القولين في الحالة الثالثة والرابعة ثم تلفت الثمار بجائحة أو بأكل المشتري ، ثم فلس فللبائع يأخذ الأشجار بحصتها من الثمن ، ويضارب مع الغرماء بحصة الثمار ، وسبيل التوزيع ، أن تقوم الأشجار وعليها الثمار ، فيقال مثلاً: قيمتها مائة ، وتقوم وحدها فيقال : قيمتها تسعون ، فيضارب بعشر الثمن . انتهى كلامه .

وما ذكره من [أن] القولين فيما إذا كانت الثمرة معدومة عند البيع، موجودة بعد ذلك من تخريجه على الحالة الرابعة في الحمل، قد تبعه عليه أيضًا في « الروضة » وهو غلط لأن الكلام فيما إذا تفلت الثمار قبل الفلس، ونظيرها من الحمل أن تكون خلية عند البيع والرجوع حاملاً بينهما ، ولا خلاف في أن الولد يفوز به المشتري وهكذا الثمرة ، فلا يصح ما قالاه من مجيء القولين في غرم قيمتها بناء على القولين في أخذها عند وجودها فالصواب أن يقول : على أحد القولين في الأولي والثالثة ، أما الثالثة فواضح ، وأما في الأولي وهي ما إذا كانت حاملاً عند البيع والرجوع ، فهو وإن كان يرجع فيها جزمًا ، لكن إنما يقابله قسط من الثمن إذا قلنا : له حكم .

قوله : قال الأصحاب : إذا اختار البائع الرجوع في الأرض بعد أن بني

أو غرس ، نظر إن اتفق الغرماء والمفلس على القلع كان لهم ذلك ـ رضى البائع أم لا ـ ، فإن حدث في الأرض نقص بالقلع وجب أرش النقص في ماله يقدم به على الغرماء على ما قاله في « المهذب » و « التهذيب » ، وذكر الشيخ أبو حامد أنه يضارب مع الغرماء . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على نقل المضاربة عن الشيخ أبي حامد ، والمذكور في « تعليقه » إنما هو التقديم على الغرماء .

قال ابن الرفعة : وكذلك نقله راوياه البندنيجي والمحاملي ، وكذلك الماوردي .

نعم لو قلع المشتري قبل الرجوع ، ففي وجوب الأرش وجهان نقلهما الماوردي .

فإن قيل : فهل يمكن حمل كلام الرافعي عليه ؟ قلنا : لا يمكن إذا قلنا بالوجوب في صورة الماوردي ، فيضارب به البائع بلا نزاع على قاعدة التعييب بفعل المشتري .

وقد صرح به الماوردي أيضًا ، وقد علمت مما تقدم أن الرافعي حكى الخلاف في أنه أيضارب أو يقدم بالأرش ؟ .

لا جرم أن ما ذكره أبو حامد إنما هو في القلع قبل الرجوع .

قوله : وإن أراد الرجوع في الأرض وحدها وإبقاء البناء والغراس للمفلس لم يجب إليه في أصح القولين لما فيه من الضرر ، وعلى هذا فالبائع يترك الرجوع ويضارب مع الغرماء أو يعود إلي بدل قيمتهما أو قلعهما وغرامة أرش النقص ؟ . انتهى كلامه .

والتعبير بقوله : (يعود) يدل أنه لا يضر عوده إليه بعد أن نازعه ، بل يمكن من ذلك ، وقد نبه عليه النووي على حاشية « الروضة » بخطه قلت : قوله : (يعود) إشارة إلي أنه لو امتنع من ذلك ، ثم عاد إليه

يمكن، هذا لفظه، ومن خطه نقلت، ولم يصرح ابن الرفعة في « الكفاية » فيها بشيء ، وتعرض لها في « المطلب » ، ولم ينقل فيها شيئًا ، وقال من عنده : يشبه أن يبني على الخلاف في أن حق الرجوع على الفور أم لا .

قوله : وأما الإمام فإن محصول ما نقله في المسألة ـ أي من أصلها ـ أربعة أقوال :

أحدها : أنه فاقد عين ما له ولا رجوع .

والثاني : أن الأرض والبناء يباعان معًا كالثوب المصبوغ .

والثالث : يرجع في الأرض ، ويتخيير بين ثلاث خصال في البناء والغراس .

والرابع : إن كانت قيمة البناء أكثر فالبائع فاقد عين ماله ، وإن كانت قيمة الأرض أكثر فواحدة ، ثم قال : وأنت إذا تأملت هذا الكلام بعد وقوفك على المذهب المعتمد وتصفحت عن كتب علمائنا ، ورأيت ما بينهما من المخالفة الصريحة قضيت العجب منه ، وقلت : ليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال ، ثم حفظت لسانك استعمالاً للآداب . انتهى كلامه .

تابعه النووي في « الروضة » على إنكار ذلك أيضًا ، ونقله أيضًا ابن الرفعة في « الكفاية » ساكتًا عليه ، وليس الإنكار صحيحًا ، بل الأقوال ثابتة ، وقد تفطن ـ أعني ابن الرفعة ـ في « شرح الوسيط » إلى الصواب فقال : أما القول الثالث والرابع فلا إشكال فيهما ، وقد حكاهما [ابن الرفعة] [1] قال : وأما الأول فقد نقله القاضي حسين في « تعليقه » ، فإنه نقل قولاً في منع رجوع الواهب بعد الغرس أو البناء .

(١) في جـ : الرافعي .

فقال ـ أي القاضي ـ : إنه مثل قول في الفلس إذا غرس وبنى ، لا يرجع بائع الأرض فيها ، فثبت القول بمنع الرجوع على الإطلاق ، ثم إن ابن الرفعة أيده وقواه بأن المشتري بنى في ملكه الذي لا خيار فيه ، بخلاف الموهوب له ، والمستعير ومشتري الشقص ، قال أيضًا في « الكفاية » : ثم سلك ابن الرفعة أيضًا في « المطلب » مسلكًا آخر في الجواب عن الإمام فقال : إذا امتنع المفلس والغرماء من القلع والبائع من بذل القيمة وأرش النقصان جاءت الأقوال وكلام الرافعي مشتمل عليها فتأمله ، وحينئذ فلا اعتراض على الإمام إلا من جهة الإطلاق ، فإذا حملنا كلامه على هذا اندفع ذلك عنه .

قوله : وهل للقصار والطحان الحبس لاستيفاء الأجرة ؟ إن قلنا : إنها عين فنعم ، وبه قال الأكثرون ... إلى آخره .

نبه في « الروضة » على فائدة حسنة فقال : نص الشافعي في «الأم»، والشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهم : على أنه ليس للأجير حبسه ، ولا لصاحب الثوب أخذه ، بل يوضع عند عدل حتى يوفيه الأجرة ، أو يباع لها .

قال : وهذا الذى قالوه ليس مخالفًا لما سبق ، فإن جعله عند العدل حبس . انتهى .

قوله : اشتري ثوبًا واستأجر قصارًا فقصره ولم يوفه أجرته حتى أفلس.

فإن قلنا . القصارة أثر ، فليس للأجير إلا المضاربة بالأجرة .

وإن قلنا : عين ، فله أحوال .

فلو كانت قيمة الثوب عشرة والأجرة خمسة والثوب عند القصارة يساوي أحد عشر، فإن فسخ الأجير الإجارة فعشرة للبائع ودرهم [للمفلس ويضارب الأجير بالخمسة ، وحكى فى «الوسيط» فيها أنه ليس] (١) للأجير

(١) سقط من أ ، ب .

إلا القصارة الناقصة أو المضاربة ، كما هو قياس الأعيان ، ولم أرَ هذا النقل لغيره فالمعتمد ما سبق . انتهى كلامه .

وما حكاه هنا عن « الوسيط » واستغربه وجعل المعتمد على خلافه تابعه عليه في « الروضة » وهو غريب ، فقد سبق منه قبل هذا بقليل تصحيحه في نظير المسألة ، وحكايته عن الأكثرين فقال : ولو اشترى صبغًا وصبغ به ثوبًا ، فللبائع الرجوع إن زادت قيمته مصبوغًا على ما كانت قبل الصبغ ، وإلا فهو فاقد .

زاد في « الروضة » على هذا فقال : وإذا شارك ونقصت حصته عن ثمن الصبغ ، فوجهان :

أصحهما : وهو قول [الأصحاب] [1]على ما حكاه صاحب «البيان»: أنه إن شاء قنع به ، ولا شيء له غيره ، وإن شاء ضارب بالجميع .

والثاني : له أخذه والمضاربة ، وبهذا قطع في « المهذب » و « الشامل » وغيرهما ، هذا كلامه في « الروضة » .

قوله : ولو كانت قيمة الثوب عشرة واستأجر على قصارته بدرهم، وصارت قيمته مقصوراً خمسة عشر درهم فبيع بثلاثين، قال الشيخان أبو محمد والصيدلاني وغيرهما تفريعًا على العين: أنه يتضاعف حق كل منهم، كما قاله ابن الحداد في الصبغ .

قال الإمام : ينبغي أن يكون للبائع عشرون وللمفلس سبعة وللقصار درهم ، كما كان ولا تزيد حصته ، لأن القصارة غير مستحقة للقصار ، وإنما هي مرهونة بحقه ، وهذا استدراك حسن . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على لزوم هذا الاستدراك وهو غريب ، فقد تقدم في أوائل الفرع أَنَّا إذا فرعنا على أن القصارة عين ، وزادت قيمة الثوب أن لكل واحد من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، فجعلاه مستحقًا له ، فكيف يجيء هذا الاستدراك .

(١) في جـ : أكثر أصحابنا .

قوله في « الروضة » : فرع :

لو قال الغرماء للقصار : خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء صاحب الثوب ، أجبر على الأصح كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن ، وكأن هذا القائل يعطي القصارة حكم العين من كل وجه . انتهى كلامه .

وما جزم به ها هنا من لزوم الإجابة عند تقديم الغرماء بثمنه غريب ، وجعله هذا الحكم أصلاً لمسألة صحح فيها أنه يجبر أغرب ، فقد تقدم في الكلام على الرجوع ترجيح جواز الفسخ عند تقديم الغرماء بالثمن ، وعبر بالصحيح ، واصطلاحه في التعبير به أن يكون مقابله ضعيفًا ، وهو تباين فاحش .

والرافعي قد ذكر مسألة القصارة على الصواب ، ولكن اشتبه كلامه على النووي فأداه ذلك إلى الوقوع في هذا الاختلاف الفاحش ، وذلك أن الرافعي قدر أن القصارة مملوكة للمفلس ، مرهونة لحق الأجير .

ثم قال ما نصه : ذكر القاضي ابن كج أن أبا الحسين ـ يعني ابن القطان ـ خرج وجهين في أنه لو قال الغرماء للقصار : خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء صاحب الثوب ، هل يجبر عليه ؟ وأن الأصح الإجبار .

وهذا الأصح ينطبق على قول أن القصارة مرهونة بحقه ، إذ ليس للمرتهن التمسك بعين المرهون إذا أدى حقه .

ووجه الثاني : القياس على [البائع] (١) إذا قدمه الغرماء بالثمن هذا كلام الرافعي . فقوله : ووجه الثاني ـ يعني عدم الإجبار ـ فإنه ذكر أولاً تصحيح الإجبار ، وعلله ، ثم ذكر الثاني وهو مقابله ، وكأن النووي والله أعلم أراد أن يقول : والثاني : لا كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن فنسي ، فذكر التعليل دون الوجه فصار تعليلاً للأصح ، فلزم الخلل المذكور .

---

(١) في جـ : ما .

كتاب الحجر

قوله :والنوع الأول ـ أى الحجر المشروع لمصلحة الغير ـ خمسة أضرب: حجر المفلس لحق الغرماء ، والراهن لحق المرتهن ، والمريض لحق الورثة ، والمرتد للمسلمين والعبد لحق السيد سواء كان مكاتبًا أم لا . انتهى.

تابعه النووي على حصرها في هذه الخمسة ، ويرد عليهما أمور أخري:

أحدها :الحجر على السيد في العبد الذي كاتبه لأجل حق العبد .

الثاني : الحجر عليه في العبد الجاني لحق المجني عليه .

الثالث : الحجر على الورثة في التركة لحق الميت وحق الغرماء .

فإن قيل : التركة مرهونة على الصحيح ، فدخلت فيما تقدم .

قلنا : لو عبر الرافعي بقوله : والحجر على المرهون ، وما في معناه لكانت التركة داخلة ، لكنه عبر بقوله : والحجر على الراهن ، فلا يدخل فيه الوارث ، لأنه لم يرهن .

وهذه الثلاثة قد استثناها ابن الرفعة في « الكفاية » .

الرابع : الحجر الغريب السابق ذكره في البيع ، وهو الحجر على المشتري في السلعة ، وجميع ماله إلى أن يحضر الثمن وكذلك المستأجر .

الخامس : الحجر على الأب إذا وجب على الابن اعفافه فملكه جارية حتي لا يعتقها ،كما صرح به القاضي حسين والمتولي وغيرهما ، وهذان القسمان ذكرهما ابن الرفعة في « المطلب » .

السادس : الحجر على المؤجر فيما استأجر على العمل فيه، كما ذكره في البيع في الكلام على حكم المبيع قبل القبض في أثناء كلام أوله: قال :

وبيع الميراث ، فقال ما نصه : ومنها إذا استأجر صباغًا ليصبغ ثوبًا ، وسلمه إليه ، فليس للمالك بيعه ما لم يصبغه ، لأن له أن يحبسه إلى أن يعمل ما يستحق فيه العوض .

وإذا صبغه فله بيعه قبل الاسترداد إن وفي الأجرة .

وإلا فلا ، لأنه يستحق حبسه إلى استيفائها . هذا كلامه .

ثم عدد أيضًا أمثلة أخرى ملحقة بذلك ، والإلحاق واضح من التعليل.

وقد ذكر في « التتمة » ما ذكره الرافعي، ثم ذكر شيئًا آخر ينبغي معرفته ، فقال في الباب السابع من أبواب البيع : الثالث عشر : إذا استأجر إنسانًا شهرًا ليرعى أغنامه أو ليحفظ مالاً له معينًا ، ثم أراد أن يتصرف في ذلك المال فالبيع صحيح ، لأن حق الأجير لم يتعلق بذلك المال، فإن المستأجر لو أراد أن يستعمله في مثل ذلك العمل لكان جائزًا للبائع الحجر على الممتنع من إعطاء الدين ، وماله زائدًا إذا التمسه الغرماء، كما صححه الرافعي في باب الفلس .

الثامن : إذا فسخ المشتري بعيب ، كان له حبس المبيع إلى قبض الثمن، ويحجر على البائع في بيعه ، والحالة هذه ، كذا ذكره الرافعي في الكلام على حكم المبيع قبل القبض نقلاً عن « التتمة » .

التاسع : الحجر على الغانم لمال من استرق ، وعليه دين ، مثاله : ما إذا كان على حربي دين فاسترق وله مال ، ثم غنم الذي أسره أو غيره ذلك المال ، فإنه يحجر عليه فيه مراعاة لأرباب الديون كالحجر على الوارث في التركة ، لأن الرق كالموت ، وتوفى منه ديون العبد ، وإن زال ملكه عنه ، كذا ذكره الرافعي في « السير » .

العاشر : ذكره الجرجاني في « الشافي » وهو الحجر على المشتري في

المبيع قبل القبض .

الحادي عشر : ذكره المحاملي ، وهو الحجر على العبد المأذون لحق الغرماء.

الثاني عشر : نفقة الأمة المزوجة ملك للسيد ، وليس له أن يتصرف فيها ببيع أو غيره حتي يعطي بدلها للأمة ، لأن حقها متعلق بعينها ، كذا ذكره الرافعي وغيره .

الثالث عشر : إذا أعتق الشريك نصيبه ، وقلنا : لا يشتري إلا بدفع القيمة ، فتصرف المالك بالبيع وغيره ، ففي صحته وجوه : أصحها عند الجمهور كما قال الرافعي ، أن لا يصح ، لأن صحته تؤدي إلى إبطال ما ثبت للمعتق من الولاء .

وثانيها : نعم .

وثالثها : يصح العتق دون غيره .

الرابع عشر : إذا قال الشريكان للعبد المشترك : إذا متنا فأنت حر ، فلا يعتق العبد ما لم يموتا جميعًا .

إما على على الترتيب أو معًا ، لأنهما علقا عتقه بموتهما .

ثم فصل الرافعي في ذلك في أوائل التدبير ، فقال : وإن ماتا معًا ففي «الكافي » للروياني وجه : أن الحاصل عتق تدبير لاتصاله بالموت .

والظاهر : أنه عتق لحصول الصفة كتعلق العتق بموته وموت غيره ، والتدبير إن تعلق العتق بموت نفسه .

وإن ماتا على الترتيب فعن أبى إسحاق : أنه لا تدبير أيضًا .

والظاهر أنه إذا مات أحدهما يصير نصيب الثاني مدبرًا لتعلق العتق بموته ؛ وكأنه قال : إذا مات شريكي فنصيبي منك مدبر ، ونصيب الميت

لا يكون مدبرًا ، وهو بين الموتين للورثة ، فلهم التصرف فيه بما لا يزيل الملك كالاستخدام والإجارة ، وليس لهم بيعه ، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك الآخر .

وقيل : لهم بيعه ، لأن أحد شرطي العتق لم يوجد .

الخامس عشر : الدار التي استحقت للمعتدة بالحمل أو بالأقراء أن تعتد فيها ،لا يجوز بيعها لأن حق المرأة يتعلق بها ، والمدة غير معلومة بخلاف عدة الوفاة .

السادس عشر : إذا اشتري دابة فأنعلها ،ثم اطلع على عيب فيها ، وكان قلع النعل يؤدي إلى التعييب فردها للمشتري ، وترك النعل للبائع فإنه يجبر على قبوله ، وليس للمشتري طلب قيمة النعل ، ثم ترك النعل هل هو تملك من المشتري فيكون للبائع لو أسقط ، أم إعراض فيكون للمشتري ؟ وجهان ، أشبههما : كما قاله الرافعي هو الثاني .

وإذا علمت ذلك فيمتنع بيعه على المشتري لما تقدم في دار المعتدة .

السابع عشر : إذا أعار أرضًا للدفن ، فإنه لا يرجع فيها قبل أن يبلي الميت لما فيه من هتك حرمته بالنبش ، ولو أراد بيع تلك البقعة لم يجز لجهالة مدة البقاء .

الثامن عشر : إذا فعل الغاصب بالمغصوب ما يقتضي انتقاله إليه ، كما لو خالطه ، بما لا يتميز ، ونحو ذلك مما ذكروه في الغصب كالتعييب الساري للهلاك ، فإنه يجب عليه البدل ، ولا يمكن أن يوجبه عليه مع بقاء المغصوب في ملك المغصوب منه ، لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل فتعين انتقاله إليه ، ولا يمكن أن يجوز للغاصب التصرف فيه ،لأن المغصوب منه لم يرض بذمته فتعين الحجر عليه .

التاسع عشر : إذا أوصى بعين تخرج من الثلث، وباقي ماله غائب

فيحجر على الموصى له في الثلثين لاحتمال التلف .

والأصح أن لا ينفذ تصرفه في الثلث أيضًا ، وإن تيقنا أنه له كما أن الوارث لم يمكن من التصرف في الثلثين .

العشرون : الحجر على من اشترى عبدًا بشرط الإعتاق ، فإنه لا يصح بيعه ، ولو كان بشرط الإعتاق على الأصح كما قاله الرافعي ، لأن العتق مستحق عليه .

الحادي والعشرون : الحجر على السيد في بيع أم الولد .

الثاني والعشرون : إذا أقام شاهدين على ملك [سلعة] (١) ، ولم يعدلا ، فإن الحاكم يحيل بينهما وبين المدعى عليه على الصحيح ، فإذا أحال امتنع عليه بيعها وهبتها وغير ذلك مما بينوه في الباب الثاني من كتاب الشهادات ، وفيما قبل الحيلولة وجهان .

الثالث والعشرون : إذا اشتري عبدًا بثوب مثلاً ، وشرطا الخيار لمالك العبد ، فالملك فيه له ، ويكون الملك في الثوب باقيًا على من بذله، لئلا يجتمع الثمن والمثمن في ملك رجل واحد ، وحينئذ لا يجوز لمالكه التصرف فيه [قبل فسخ مالك العبد لئلا يؤدي إلي إبطال ما ثبت فيه من الخيار] (٢) .

الرابع والعشرون : إذا رهن جارية، ثم وطئها فحبلت منه وهو معسر، فإن الاستيلاد لا ينفذ على الصحيح ، فلو حل الحق وهي حامل لم يجز بيعها على الأصح، لأنها حامل بحر ، وإذا ولدت لا تباع حتى تسقي الولد اللبن ويجد مرضعة ، خوفًا من أن يسافر بها المشتري فيهلك الولد ،

---

(١) سقط من أ ، جـ .

(٢) سقط من أ ، جـ .

كذا قاله الرافعي .

ولو قيل بالبيع وإلزام الإقامة كما في الحرة وأمة الغير، لكان متجهًا .

الخامس والعشرون : إذا أعطى الغاصب القيمة للحيلولة ،ثم [ظفر بالمغصوب] [١] ، فله حبسه إلي استرداد القيمة ، كذا نقله الرافعي في باب الغصب عن نص الشافعي، ثم مال إلى خلافه ، ويلزم من حبسه امتناع تصرف مالكه بطريق الأولى .

السادس والعشرون : بدل العين الموصي بمنفعتها إذا تلفت حكمه حكمها.

السابع والعشرون : أعطى لعبده قوته ، ثم أراد عند الأكل إبداله ، قال الروياني : ليس له ذلك .

وقيده الماوردي بما إذا تضمن الإبدال تأخير الأكل .

الثامن والعشرون : إذا نذر إعتاق عبد نفسه ، فإنه لا يخرج عن ملكه إلا بالاعتاق ، ومع ذلك لا يجوز له التصرف فيه بخلاف ما إذا نذر الصدقة بدرهم بعينه ، فإنه يزول ملكه عنه إلي الفقراء .

ولو أوصى بإعتاقه أو بوقفه كان كالنذر .

التاسع والعشرون : إذا دخل عليه وقت الصلاة وعنده ما يتطهر به ، فلا يصح بيعه ولا هبته على الصحيح لحق الله تعالى ، وهكذا قياس السترة ونحوها ، كالذي يعتمد عليه العاجز عن القيام ، والمصحف الذي يقرأ منه غير الحافظ .

الثلاثون : إذا وجبت الكفارة على الفور ، وكان في ملكه ما يجب عليه التكفير به ، فقياس ما سبق امتناع تصرفه فيه ، ولا يحضرني الآن

(١) في أ ، جـ: ظهر المغصوب .

نقله .

ومن عليه دين لا يرجو وفاءه ، أو وجبت عليه كفارة لا يحل له التصدق بما معه ولا هبته ، ولكن لو فعل ففي صحة ذلك نظر .

قوله : ويدخل وقت إمكان الاحتلام باستكمال تسع سنين ، وقيل : بمضي ستة أشهر من العاشرة ، وقيل : باستكمالها ، وهذه الوجوه كالوجوه في أقل سن الحيض ، لكن العاشرة ها هنا بمثابة التاسعة هناك ، لأن في النساء حدة في الطبيعة .

ولا فرق في إفادة خروج المني البلوغ بين الرجال والنساء . انتهى ملخصًا .

تابعه في « الروضة » على إطلاق الدعوى بأن محل الأوجه في العاشرة ، وليس ذلك على إطلاقه ، بل محله في الصبي ، أما الصبية فوقت احتلامها كوقت حيضها كما صرح به المتولي ، وجزم به ابن الرفعة في « الكفاية » وتعليل الرافعي يرشد إليه ، وعلى هذا فيأتي فيه ثلاثة أوجه ، أول التاسعة ، ووسطها ، وآخرها .

وكلام « الدقائق » للنووي غير مستقيم ، فإنه قال : قولهما ـ يعني «المحرر » و « المنهاج » ـ وقت إمكان المني استكمال تسع سنين يتناول مني الذكر والأنثى ، وهذا هو المذهب ، وقيل : منيها كحيضها . هذه عبارته .

قوله : وفيه وجه آخر أن خروج المني لا يوجب بلوغ النسوة ، لأنه نادر وعلى هذا قال الإمام : الذي يتجه عندي أن لا يلزمها الغسل ، لأنه لو لزم لكان حكمًا بأن الخارج مني ، والجمع بين الحكم بأنه مني ، وبين الحكم بأنه لا يحصل البلوغ به متناقض .

ولك أن تقول : إن كان التناقض مأخوذًا من تعذر التكليف بالغسل مع

القول بعدم البلوغ ، فنحن لا نعني بلزوم الغسل سوى ما نعنيه بلزوم الوضوء على الصبي إذا أحدث ، فبالمعنى الذي أطلقنا ذلك ، ولا يكلف مطلق هذا ، وإن كان غير ذلك فلا بد من بيانه . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن تعليل هذا الوجه بالندور يدل على أن المراد إنما هو الخروج بالاحتلام ، فاعلمه فإن خروج المنى بالجماع كثير لا نادر .

الثاني : أن النووي قد تابعه في « الروضة » على هذا النقل عن الإمام مقتصرًا عليه ، ثم قال : وفيه نظر .

لكن الإمام مع قوله ما قال : صرح بأن ظاهر كلام الأصحاب : أنه يجب عليها الغسل منه ، فاعلم ذلك .

واقتصار الرافعي على ما قاله يوهم أن ذلك هو الموجود في النقل .

الأمر الثالث : أن الاعتراض الذي اعترض به الرافعي على الإمام اعتراض ضعيف جدًا ، فإن التناقض ليس مأخوذا من التكلف ، بل من غيره .

وقد أوضح الإمام ذلك إيضاحًا بينًا لا يحتاج إلى إعادته ، وحاصله أنه مأخوذ من اللازم للتكليف بالغسل ، وهو كونه منيًا .

قوله : وفي شعر الإبط وجهان ، قال القاضي الحسين والإمام وآخرون: هو كالعانة .

وصحح صاحب « التتمة » : أنه لا أثر له ، ونبات اللحية والشارب فيه هذان الوجهان ؛ لكن فرق صاحب « التهذيب » فألحق الإبط بالعانة[دون اللحية والشارب . انتهى .

وحاصله أنه ليس فيه تصريح] (١) بتصحيح ، وكذلك حكى في «الروضة » وجهين فقط .

---

(١) سقط من أ .

والأصح في هذه الصور كلها أنها لا تلحق بالعانة . كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : في شعر الإبط وجهان : أظهرهما : أنه لا عبرة به ، لأنه لو جاز الاعتماد عليه لما كشفوا عن المؤتزر في قصة بني قريظة . هذا لفظه .

وإن كان الأصح عدم العبرة بالإبط ، فعدم العبرة باللحية والشارب أولى لما تقدم من كلام « التهذيب » .

قوله : فرع : الخنثي المشكل إذا خرج من ذكره المنى ، ومن فرجه الحيض حكمنا ببلوغه على الأصح ، لأنه ذكر أمني أو أنثى حاضت .

والثاني : لا لتعارض الخارجين وإسقاط كل منهما حكم الآخر ، وإن وجد أحد الأمرين فجواب عامة الأصحاب : أنه لا يحكم ببلوغه لجواز أن يظهر من الآخر ما يعارضه .

والحق وهو ما قاله الإمام : أنه ينبغي الحكم بذكورته وأنوثته ، ثم إن ظهر خلافه غيرنا الحكم . انتهى .

زاد في « الروضة » فقال : قال صاحب « التتمة » : إذا أنزل الخنثى من ذكره أو خرج الدم من فرجه مرة لم يحكم ببلوغه ، وإن تكرر حكم به . وهذا الذي قاله حسن وإن كان غريبًا ، والله أعلم . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن الرافعي قد صحح في باب الغسل أنه لا فرق في أحكام المنى بين أن يخرج من الفرج المعتاد ، أو من غيره كالصلب ونحوه ، فلا منافاة بين الحيض وخروج المنى من الذكر .

الأمر الثاني : أن الاستدلال بالحيض على الأنوثة وبالمنى عليها أو على الذكورة شرطه التكرار ، والرافعي والإمام استندا في تصويب الأخذ بأحد الأمرين إلى القياس على الأخذ بالذكورة والأنوثة ، فعلم أن صورة ذلك في التكرار أيضًا .

وإذا علمت جميع ذلك تعجبت لقول النووي إنه غريب ، فإن هذا هو المجزوم به ، ولا شك أنه توهم عدم اشتراط التكرار هناك لكونهم هنا أهملوه .

الأمر الثالث : لا شك أن هذا التوقف إنما هو قبل استكمال خمس عشرة سنة ، فإذا استكملها حكم ببلوغه بالسن ، وإذا استحضرت ذلك فاعلم أن الشافعي قد نص على المسألة على خلاف ما رجحه الرافعي ، وقد سبق إيضاحه في باب الحدث فراجعه ، وقد سبق الكلام على كونه حيضًا في باب الأحداث .

قوله : ومن التبذير الإنفاق في المحرمات ، وأما الصرف إلى الأطعمة النفيسة التى لا تليق بحاله فقال الإمام والغزالي : تبذير ، وقال الأكثرون : ليس بتبذير . انتهى ملخصًا .

وما قاله من كون الإسراف في النفقة ليس بتبذير ، يلزم منه أن لا يكون محرمًا ، لأنه قد قرر [أن] (١) كل صرف في شيء محرم تبذير بخلاف العكس .

إذا علمت ذلك ، فقد ذكر بعد هذا في قسم الصدقات ما يخالفه ، فقال في الكلام على الغارم : وإذا كان غرمه في معصية كالخمر والإسراف في النفقة لم يعط قبل التوبة انتهى .

وقع الموضعان كذلك في « الروضة » و « الشرح الصغير » ، واقتصر في « المحرر » على المذكور في هذا الباب .

والسبب في وقوع هذا الاختلاف : أن الغزالي مثل بذلك في قسم الصدقات تبعًا للقاضي حسين ، فتبعه الرافعي على المثال غير مستحضر ما قرره في موضعه .

---

(١) سقط من أ .

قوله : واعلم أن كلام المصنف هنا وفي « الوسيط » مصرح بأن عود التبذير أو الفسق لا أثر له ، وإنما المؤثر عودهما جميعًا ، وليس كذلك، بل الأصحاب مطبقون على أن عود التبذير كافٍ في الحجر كما سبق . انتهى .

واعلم أن أصل الغزالي من « الوسيط » قد وجد على الصواب ، فإنه ضرب على الأول وأصلحه بالمقالة المشهورة .

كذا نبه عليه ابن الصلاح وتبعه النووي في « الروضة » .

قوله : وقول « الوجيز » : ثم يلي أمره القاضي أم وليه في [الصغر][1]؟ وجهان ، وموضع الوجهين ما إذا قلنا : إن الحجر يعود بنفسه، أما إذا قلنا : إن القاضي هو الذي يعيده فهو الذي يلى أمره بلا خلاف . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف ليس كذلك ، ففي « الإشراف » للهروى : أن القاضي إذا حجر عليه ففي الولاية والحالة هذه وجهان :

أحدهما : أنها للقاضي .

والثاني : للأب أو الجد .

وحكاهما أيضًا في « الكفاية » عنه ، وسلم النووي في « الروضة » من هذا الاعتراض فإنه لم يصرح بنفي الخلاف .

قوله : ولو اشترى ـ أي المحجور عليه ـ وقبض أو استقرض ، فتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضمان ... إلى آخره .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما قاله من عدم الضمان ، محله إذا قبضه البائع وهو رشيد.

---

(١) في أ : الصدقة .

فأما إذا قبضه السفيه بغير إذن البائع ، أو أقبضه إياه البائع وهو صبي أو محجور عليه بسفه ، فيضمنه بالقبض قطعًا ، كذا قاله الأصحاب .

ونبه الرافعي على المسألة الثانية في البيع ، وقيد ذلك بما إذا لم يكن القبض بإذن الولي ، وذكر في « الروضة » هنا المسألتين من « زياداته » ، ولم يعز الثانية إلى كلام الرافعي ولم يقيدها .

الأمر الثاني : أنه يشترط في عدم الضمان مع ما تقدم أن لا يطالبه البائع به ، فإن طالبه فامتنع ضمن ، كذا رأيته في « شرح المختصر » للداوودي ، وهو المشهور بالصيدلاني ، وهو ظاهر .

قوله : أما إذا أذن له الولي وعين له تصرفًا ، وقدر له العوض ففيه وجهان:

أظهرهما عند الغزالي : أنه يصح .

وأصحهما عند البغوي : المنع .

وعلى الوجهين يخرج ما إذا وكله غيره في شيء من هذه التصرفات ، وما إذا اتهب أو قبل الوصية لنفسه . انتهى .

وهذه المسائل قد ذكرها في « الشرح الصغير » كما ذكرها في « الكبير» **وفيها أمور :**

أحدها : أن الأصح من هذين الوجهين المذكورين في أصل المسألة هو البطلان ، كذا صححه الرافعي في «المحرر» ،وعبر بالأظهر عند الأكثرين.

الأمر الثاني : أن جريان الوجهين في التوكيل ، قد تابعه النووي عليه هنا، وصرح ـ أعني النووي ـ في كتاب الضمان بما حاصله أن جريانهما فاسد ، وذلك لأن الوكيل يطالب بالثمن بلا خلاف إذا لم يعترف البائع بوكالته ، وكذا إن اعترف بها في الأصح .

وعلى هذا ـ أى القول بالمطالبة ـ يكون الوكيل كالضامن ، والموكل

كالمضمون عنه ، ويجيء فيه الكلام في اعتبار شرط الرجوع ، هكذا قاله الرافعي في كتاب الوكالة .

وإذا تقرر أنه كالقياس ، فاعلم أن الرافعي خرج إذن الولي للسفيه فيه ـ أي في الضمان ـ على الإذن له في البيع ، فرد عليه النووي وقال : إن التخريج فاسد .

قال : لأن البيع إنما صح على وجه ، لأنه لا يأذن إلا فيما فيه ربح أو مصلحة ، والضمان غرر كله فلا مصلحة . هذا كلام النووي .

فإذا تقرر أن الإذن في التوكيل كالإذن في الضمان ، وأن الإذن في الضمان فاسد كما قاله النووي ، لزم أن يكون الإذن في التوكيل أيضًا فاسدًا عنده ، فموافقته هنا على صحته سهو فتفطن له .

الأمر الثالث : أن الأصح من الخلاف في اتهابه هو الصحة كما ذكره في « الروضة » ، ونقله في « النهاية » عن الأكثرين .

نعم إذا فرعنا على أن الهبة تقتضي الثواب ، هل يستثني ذلك هنا أم يخرج على ذلك الخلاف حتى يبطل إن أوجبنا الثواب ، أم يفصل بين العالم بسفهه والجاهل ؟ فيه نظر .

الرابع : أنه إذا وكله غيره في قبول النكاح ، فإنه يصح على الصحيح كما ذكره الرافعي في كتاب الوكالة ، بخلاف التوكيل في الإيجاب ، فإن الصحيح امتناعه ، وكلامه هنا يقتضي امتناعهما معًا .

قوله : ولو أقر السفيه بإتلاف أو جناية توجب المال ، فقولان : أصحهما: أنه لا يقبل . انتهى .

وما ذكره هنا من أن الخلاف قولان ، قد ذكر خلافه في كتاب دعوى الدم والقسامة فجزم بأنه وجهان .

وتبعه في « الروضة » على الموضعين ، ووقع هنا في « الشرح الصغير» و « المحرر » و « المنهاج » أنه قولان كما في « الكبير » .

قوله : ولو أقر بنسبه ثبت وينفق على الولد المستلحق من بيت المال .
زاد في « الروضة » فقال : كذا قاله الأصحاب في كل طرقهم يقبل إقراره بالنسب ، وينفق عليه من بيت المال قطعًا، وشذ الروياني فقال في «الحلية »: يقبل إقراره بالنسب في أصح الوجهين ، وينفق عليه من ماله ، وهذا شاذ نبهت عليه لئلا يغتر به . انتهى كلامه .

وما ذكره النووي مستدركًا به على « الحلية » من اتفاق الأصحاب في كل الطرق على ثبوت الإقرار ، وعلى الإنفاق من بيت المال عجيب ، فقد صرح بالخلاف في قبوله جماعة ، منهم : القاضي أبو الطيب في «تعليقه» وابن الصباغ في « الشامل » كلاهما في أثناء باب الإقرار في الكلام على مسألة أولها قال الشافعي : ولو أقر لوارث فلم يمت ، وصرح بنقل الخلاف فيهما معًا أيضًا في « البحر » في آخر باب الحجر ، وبالغ فيه فإنه حكى في المسألة ثلاثة أوجه : أحدها : لا يقبل بالكلية .

ثم قال ما نصه : والثاني : يثبت نسبه وينفق عليه من ماله، لأن الإقرار يثبت النفقة تبعًا لا مقصودًا ،وهو الأشهر . هذا لفظه بحروفه .

ثم حكى الثالث المعروف :أنه يثبت وينفق عليه من بيت المال ، فقد صرح بنقله وزاد عليه فقال : إنه الأشهر .

وإذا تأملت ذلك قضيت العجب مما قاله النووي، فلذلك حكيت ما حكيت حتى لا تغتر بكلامه هو في هذه المسألة ،حيث قال في حق الروياني: إنه نبه على كلامه حتى لا تغتر به ، ولو طالع المبسوطات خصوصًا إذا كان المبسوط لمن يحاول الاعتراض عليه لانكف عن كثير مما تقدم عليه من التغليط والإنكار للأمور المشهورة ، كما أوضحناه في كتابنا هذا .

قوله : ولو نذر التصدق بعين مالٍ لم ينعقد ، وفي الذمة ينعقد . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » وكلامـهما في النذر يقتضي أنه لا يصح منه نذر القرب المالية مطلقًا ، وستعرفه في موضعه إن شاء الله تعالى .

قوله من « زياداتـه » : وفيه وجـه حكاه صاحب « الحـاوي » والقاضي حسين والمتولي : أنه يلزمه التكفير بالمال . انتهى كلامه .

وهو يقتضي أن القاضي من الحاكـين له وجهًا أيضًا ، وليس كذلك ، بل هو جازم به كما ذكره في « تعليقه » ، وقاسه على المبعض .

[قوله :] [1] ولا يبيع عقاره إلا لحاجة كالنفقة والكسوة ، ثم قال : أو بغبطة مثل أن يكون يقـبل الخراج أو يرغب فيه شريك ، أو جـار بأكثر ثمن مثله ، وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن . انتهى .

وما ذكـره من وجدان مثـله هو من باب المثال ،وليس هو على سـبيل الاشتراط ، ولهذا لم يشترط في « المحرر » ولا في « الشرح الصغير » ولا في « التنبـيه » ، وأقـره عليـه في تصحـيـحه ، ولم يعـتـبر أيضًـا أكثـر الأصحاب، وأوهم ابن الرفعة أن كلام الإمام مصرح به ، وليس كذلك .

وقوله أيضًا : وهو يجـد مثله ببعض ذلك الثمن ليس للتقـييد أيضًا ، بل لو وجد خيرًا منه بذلك الثمن كـان كذلك ، صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والبغوي والخوارزمي وغيرهم .

فإن وجـد مثله بمثله فالمتـجه المنع [لأنه عـيب فتلخص أن المعتـبر هو الحظ والمصلـحـة] [2] ، ويبقي النظر فـيما إذا لم [يبـحث عن وجدان عقار] [3] بالصفة المذكورة ، فيحتمل أن يقال : إن كان الغالب وجدانه في

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الحال أو بعده بقليل لو بحث فيجوز وإلا فيمتنع .

قوله : وإذا باع الأب أو الجد عقاراً [للطفل] [(١)] ، ورفع إلى القاضي سجل على بيعه ، ولم يكلفه إثبات الحاجة أو الغبطة بالبينة ، لأنه غير متهم، وفي بيع الوصي والأمين لا يسجل إلا إذا قامت البينة على الحاجة أو الغبطة . انتهى .

زاد في « الروضة » على هذا فقال : وفي احتياج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد [ليسجل] [(٢)] لهما أو ليحكم بالصحة وجهان حكاهما في «البيان» ، والله أعلم .

وما ذكره هنا من حكاية وجهين من غير ترجيح،قد ذكرهما قبل ذلك من « زوائده » أيضًا بزيادة الترجيح للاكتفاء بالعدالة الظاهرة ، وستكون لنا عودة إلى هذه المسألة في باب الحضانة إن شاء الله تعالى فراجعه .

ثم إن مقتضى التعليل السابق في الأب : استثناء الأم من الأوصياء ، وما كان من هذا القبيل ، فتفطن لذلك .

قوله : وإذا باع ماله نسيئة زاد على ثمنه نقداً ، وأشهد عليه وارتهن به رهنًا وافيًا ، فإن لم يفعل ضمن . انتهى .

وللمسألة شروط أخرى ذكرها في « الروضة » من « زياداته » في كتاب الرهن فقال : قال صاحب « الحاوي » وشيخه الصيمري وصاحب « البيان» وآخرون من العراقيين : إنا إذا جوزنا البيع نسيئة ، فشرطه كون المشتري ثقة موسراً ، ويكون الأجل قصيراً .

قال : واختلفوا في حد الأجل الذي لا يجوز الزيادة عليه ، فقيل :

---

(١) سقط من أ ، جـ .

(٢) سقط من جـ .

سنة، وقال الجمهور : لا يتقدر بها ، بل يعتبر عرف الناس . انتهى .

قوله : ولا يهب أمواله لا بشرط الثواب ولا دونه ، إذ لا يقصد بالهبة العوض . انتهى .

تابعه في « الروضة » على إطلاق المنع ، لكن إذا شرط ثوابًا معلومًا كان بيعًا على الأصح ، تجرى عليه أحكام البيع كلها نظرًا للمعنى ، كذا ذكره في كتاب الهبة .

وحينئذ فينبغي أن يجوز ذلك حيث يجوز البيع ، ويؤيده تصريح الإمام بذلك في المكان ، فإنه لما منعه من الهبة لكونها تبرعًا ، استثنى هذه المسألة ، ونقله عنه الرافعي [هناك وأقره ، وجزم به في «الروضة» ، ولم يخصه بالإمام كما خصه الرافعي] (١) واقتضى ذلك كله وجوب استثنائها.

قوله في أصل « الروضة » : وإن كان الولي فقيراً وانقطع نسبه عن الكسب، فله أخذ قدر النفقة وفي «التعليق» له أخذ أقل الأمرين من النفقة وأجرة المثل . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن هذا الأخذ لا يحتاج إلى إذن الحاكم ، جزم به ابن الصلاح في « فتاويه » .

الثاني : أنه إنما عبر بالتعليق وأطلق ، لأن نسخ الرافعي مختلفة ، ففي بعضها أنه تعليق الشيخ أبي حامد ، وفي بعضها أنه الشيخ أبي محمد ، وحكى في « الروضة » من « زياداته » : أن هذا المنقول عن التعليق ، نص عليه الشافعي ، وأنه المعروف في كتب أكثر العراقيين .

الأمر الثالث : أن تعبيره بالولي تبع فيه الرافعي ، وليس بجيد ، والصواب التعبير بالوصي ، كما عبر صاحب « التنبيه » : لأن الولي

---

(١) سقط من أ ، ب .

يدخل فيه الأب والجد ، ولا خلاف أنهما عند الحاجة يأخذان قدر الكفاية، وسواء كانا صحيحين أم لا .

قال ابن الرفعة : لأنه وإن كان صحيحًا قادرًا على التكسب ، لكنه قد تعذر عليه الكسب بسبب حفظ المال .

قوله في المسألة : وهل عليه ضمان ما أخذ كالمضطر ، أم لا كالإمام إذا أخذ الرزق من بيت المال ؟ فيه قولان . انتهى .

والراجح منهما أنه لا يضمن ، فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير»: إنه أشبه الوجهين ، والنووي في « الروضة» ، إنه الأظهر ، ولم يذكر المسألة في « المحرر » .

قوله : يجب على الولى أن ينفق عليه ويكسوه بالمعروف ، ويخرج من ماله الزكوات وأروش الجنايات ، وإن لم يطلب ، ونفقة القريب بعد الطلب. انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره من توقف نفقة القريب على الطلب ، لا يستقيم إذا كان المنفق عليه مجنونًا أو طفلاً أو زمنًا يعجز عن الإرسال ونحو ذلك كالمعتوه والمبرم ومختلط العقل لهرم .

الأمر الثاني : أن هذا الكلام يقتضي وجوب أداء الدين قبل طلبه لتصريحه بوجوب الإخراج ، وفيه كلام يتعين الوقوف عليه سبق إيضاحه في كتاب الفلس فراجعه .

الأمر الثالث : أن كلامه يوهم أن الضمان يجب بإتلاف الصبي مميزًا كان أو غير مميز ، وفيه اضطراب ، سوف أذكره إن شاء الله تعالي في أوائل الجنايات فراجعه .

قوله : ومنها: ليس لغير القاضي إقراض مال الصبي، إلا عند [الضرورة بهد][١] أو حريق ، وإذا أراد سفراً ، ويجوز للقاضي الإقراض ، وإن لم يعرضْ شيء من ذلك لكثرة أشغاله ، وسوى أبو عبد الله الحناطي بين القاضي وغيره . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن الرافعي قد حكى في آخر باب القضاء على الغائب عن صاحب « التلخيص » : أنه يجوز أيضًا للأب .

وظن النووي هناك أنه تقدم هنا فأسقطه ، فلزم خلو « الروضة » عنه.

الثاني : أن كلامه ليس فيه بيان أن الحناطي سوى بينهما في الجواز والمنع ، والظاهر أنه أراد المنع ، ويدل عليه أن الرافعي في آخر القضاء على الغائب ، وهو قبيل القسمة حكى عن صاحب « التلخيص »: أن الأب يجوز له ذلك كالقاضي، ثم قال : وهذا وجه آخر، أى غير ما تقدم في الحجر .

فلو كان المنع لكان قد سبق ، وإن كان أعم ، وقد بينه بذلك في أصل «الروضة » فقال : وفي وجه : القاضي كغيره ، هذا لفظه .

فعلم أن مراد الرافعي التسوية في المنع ، وصرح بذلك أيضًا ابن الرفعة في « الكفاية » .

الأمر الثالث : أن ما نقله عن الحناطي فيه نظر ، فقد ذكر الحناطي المسألة في « فتاويه » ، وجزم بالتفصيل ، وفرق بكثرة اشتغال القاضي .

الأمر الرابع : أن ما قاله الرافعي من جواز القرض للقاضي خاصة سبقه إليه البغوي ، لكن نقل صاحب « الشامل » في كتاب الفلس: أن الشافعي نص على أنه لا يجوز لولى الصبي إقراض ماله ، ولم يفصل بين القاضي

---

(١) في جـ : ضرورة نهب .

وغيره ، فإنه لما تكلم على بيع أموال المفلس ، وما يفعل في أثمانها قال ما نصه : مسألة : قال ـ يعني الشافعي ـ : وإن وجد الإمام [ثقة يسلفه][(١)] المال حالاً لم يجعله أمانة ، ثم قال بعد ذلك : فإن قيل : أليس قد قال الشافعي : إن ولى الصبي يودع ماله ولا يقرضه ؟، فالفرق عندي أن مال الصبي معيد لمصلحة تظهر له من شراء عقار أو تجارة، وقرضه يتعذر معه المبادرة إلي ذلك ،ومال المفلس وجد للغرماء خاصة فافترقا ، هذا لفظه .

وذكر الرافعي في باب القراض ، أن شرط المقرض أن يكون أهلاً للتبرع، وهو صريح في منع القاضي منه .

وقال الهروي في « الإشراف » ونقله عنه ابن الرفعة في « الكفاية » : إن المذهب أنه لا يجوز أيضًا للقاضي ذلك .

وأطلق المنع أيضًا الشيخ أبو حامد والقاضي حسين والمحاملي والفوراني والشيخ أبو إسحاق وابن الصباغ في تجارة الموصي ، والإمام والغزالي والجرجاني والمتولي والروياني وصاحب « العدة » وصاحب « البيان » .

قوله من « زياداته » : يستحب للحاكم إذا حجر على السفيه أن يشهد على حجره ، وحكي في « الحاوي » و« المستظهري » عن أبى على بن أبي هريرة وجهًا : أنه يجب الإشهاد . انتهى كلامه .

واعلم أن قائل هذا الوجه، وهو ابن أبي هريرة يقول : إن الإشهاد شرط في صحة الحجر ، كذا صرح به الماوردي ، وعلله بأن المقصود من الحجر إظهار منعه من التصرف في ماله ليتحفظ الناس من معاملته ، وهذا المعني لا يصح إلا بالإشهاد ، وعبارة « المستظهري » أيضًا تشعر به .

فإنه عبر بقوله : وهل يفتقر الحجر إلى الإشهاد ؟ فيه وجهان ، وكلام النووي في حكاية هذا الوجه غير وافٍ ، بل هو موهم خلاف المراد .

قوله أيضًا من « زياداته » : وإذا كان للصبي أو السفيه كسب أجبره

الولى على الاكتساب ليرتفق به في النفقة وغيرها ، حكاه في « البيان » . انتهى كلامه .

وما نقله عن « البيان » في الصبي والسفيه ليس كذلك ، بل إنما ذكره في الصبي خاصة نقلاً عن أبي إسحاق ، ولا يلزم من إجباره للصغير، لكونه يستقل بإجارته أن يجبر السفيه ، فإن السفيه لو أجر نفسه بغير إذن وليه ففي صحته خلاف ،حكاه ابن الرفعة في « الكفاية » عن القاضي وجهين ، وعن « الإشراف » للهروى قولين .

وقال الماوردي : إن كان فيما هو مقصود من عمله ، مثل أن يكون صائغًا وعمله مقصود في كسبه [لم يجز ، ويولى الولى العبد عليه ، وإن كان غير مقصود الحج أو وكالة وليس عمله مقصودًا في كسبه] (١) لاستغنائه صح لأن له أن يتطوع بهذا العمل . هذا كلام الماوردي .

ومع ذلك لا يلزم من شيء من هذه النقول أن يجب عليه التكسب ، ولا إجباره عليه ، وكذلك توقف ابن الرفعة في « المطلب » في وجوب العمل عليه .

(١) سقط من جـ .

كتاب الصلح

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول
في أركانه

قوله : وهو معاوضة وله حكم البيع إذا جرى على غير المدعي . انتهى لفظ « الوجيز » .

وهو في غاية الحسن والبلاغة ، وقوله : (وهو معاوضة) أي فتكون أركانه أركان المعاوضة ، وقد سبقت في البيع ، ثم ذكر بعد الأركان أحكامه فقال : وله حكم البيع . . . إلي آخره .

فقد اعترض الرافعي بعد شرح المسألة على كلامه، فقال : أركان الصلح على المعهود من كلامه في المتصالحان ، واللفظ والمصالح عليه والمصالح عنه ، وليس في اللفظ تعرض لشروطها ، فإذن الفصل ببيان الأحكام أشبه منه بالأركان . هذا كلامه ، وهو اعتراض عجيب .

قوله : وهو ضربان أحدهما صلح المعاوضة ، وهو الذي يجري على غير العين المدعاة ، ثم إن كان ذلك الغير عينًا كان الصلح تبعًا ، وإن كان منفعة كان إجارة .

والثاني : صلح الحطيطة ، وهو أن يصالح من المدعا به على بعضه ، فإن كان عينًا كان هبة للباقي ، وإن كان دينًا كان إبراء . انتهى ملخصًا .

وحاصله أن الصلح ينقسم إلى أربعة أقسام ، وأهمل ـ رحمه الله ـ أقسامًا، منها :أن تكون عارية ، وقد ذكره بعد ذلك في أثناء فروع ،فقال: الثالث : صالحه عن الدار المدعاة على أن يسكنها سنة، فهو إعارة للدار منه يرجع فيها متى شاء ، وليس بمعاوضة ، لأن الرقبة والمنافع ملكه .

ثم حكي وجهًا : أن الصلح لا يصح، ومنها: أن تكون جعالة كقوله: صالحتك من كذا على رد عبدي، أو انتزاع ملكي من فلان، ومنها: أن يكون خلعًا كقول المرأة : صالحتك من كذا على أن تطلقني طلقة ، ولو قال الزوج : صالحتك من كذا على طلقة فيتجه أيضًا صحته .

ومنها : أن تكون معاوضة عن دم العمد كقوله : صالحتك من كذا على ما تستحقه أنت عليّ ، أو على ما أستحقه أنا عليه من القصاص في النفس مثلاً أو الطرف .

ومنها : أن تكون فداء كقوله للحربي : صالحتك من كذا على إطلاق هذا الأسير .

وهذه المسائل قد أهملها الأصحاب ، وهي واردة عليهم جزمًا ، وذكر ابن جرير الطبري قسمين آخرين :

أحدهما : أن يكون فسخًا كما إذا صالح المسلم المسلم إليه على رأس ماله ، والذي قاله صحيح ماشٍ على القواعد ، فقد ذكروا في الكلام على أحكام المبيع قبل قبضه أن بيعه قبل القبض للبائع بمثل الثمن الأول إقالة بلفظ البيع ، وهذا مثله لاشتراكهما في الفسخ ، بل وقوع الفسخ ها هنا أولى لوقوع العقد فيه على نفس العوض ، وهناك على مثله وصورته.

[الثاني] (١) .

أن يكون سلمًا بأن يجعل العين المدعاة رأس مال سلم ، وهذا إن صرح فيه بلفظ السلم كقوله : صالحتك من كذا على كذا في ذمتك سلمًا فواضح ، وإن لم يصرح بل اقتصر على المصالحة ، فيحتمل أن يقال فيه الوجهان فيما إذا أسلم بلفظ الشراء والظاهر أنه يكون سلمًا أيضًا كما أطلقه ابن جرير ، لأن حد السلم صادق عليه ، ولفظ الصلح لا يمنع القول به ، لأنه لا يتعين للبيع .

---

(١) سقط من أ .

ألا ترى أنه يصلح أيضًا للإجارة والهبة والإبراء والإعارة كما سبق .

قوله : المسألة الثانية : ذكر ابن القاص في « التلخيص » : أنه إذا صالحه من أرش الموضحة على شيء معلوم جاز إذا علما قدر أرشها ، ولو باعها لم يجز ، وخالفه معظم الأصحاب في افتراق اللفظين ، وقالوا : إن كان الأرش مجهولاً كالحكومة التي لم تقدر ولم تضبط لم يجز الصلح عنه ولا بيعه ، وإن كان معلوم القدر والصفة كالدراهم والدنانير إذا ضبطت في الحكومة جاز الصلح عنها ، وجاز بيعها ممن عليه ، وإن كان معلوم القدر دون الصفة على الحد المعتبر في السلم كالإبل الواجبة في الدية ففي جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح وبلفظ البيع جميعًا وجهان : أظهرهما فيما ذكره السرخسي : المنع . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما قاله الرافعي من التقسيم لكلام صاحب « التلخيص » لا ينطبق على ما نقله هو عنه ، فإنه فرض المسألة في المصالحة على أرش الموضحة إذا علمنا قدر أرشها ، وكأنه صالحه على خمس من الإبل ، وهو القسم الثالث من تقسيم الرافعي ، فلا يجيء القسمان الأولان أصلاً .

الأمر الثاني : أن الصحيح من الوجهين هو المنع كما قاله السرخسي كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » والنووي في أصل « الروضة » .

قوله : وإن اقتصر على لفظ الصلح ، وقال : صالحتك عن الألف التي لي عليك على خمسمائة ، فوجهان كنظيرها في صلح الحطيطة ، والأصح: الصحة . ثم هل يشترط القبول ؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا قال لمن عليه الدين : وهبته منك ، والأظهر : اشتراطه ، لأن اللفظ في وضعه يقتضيه . انتهى كلامه .

وحاصله ترجيح اشتراط القبول في هبة الدين ، لأنه إن كان الأظهر راجعًا إلى الهبة ، وهو الظاهر فواضح ، وإن كان راجعًا إلى الصلح ،

فقد يظن به لا سيما مع [اشتراطهما] (١) ، وهو اقتضاء اللفظ فيهما لذلك دون المعنى .

إذا علمت ذلك ، فقد صرح في غير هذا الموضع بأن الأصح عدم الاشتراط ، وسيأتي إيضاحه إن شاء الله تعالى في كتاب الهبة .

قوله في المسألة : ولو صالح منه على خمسمائة معينة فالوجهان جاريان ، ورأى الإمام وجه الفساد ها هنا أظهر ، لأن تعيين الخمسمائة يقتضي كونها عوضًا ، وكون العقد معاوضة فيصير تابعًا للألف بخمسمائة، ولصاحب الوجه الأول أن يمنعه ويقول : الصلح على البعض المعين إبراء للبعض واستيفاء للباقي . انتهى كلامه .

وما قاله الإمام من الفساد سبقه إليه أيضًا القاضي حسين ، وهو الصواب لأنه إن كان معناه المعاوضة ففساده واضح ، وإن كان معناه الإبراء عن الألف بكمالها بشرط أن يملكه الخمسمائة المعينة كان ذلك تعليقًا للإبراء، وهو فاسد .

وإن كان معناه الإبراء عن البعض خاصة وهو الخمسمائة بشرط تمليك المعينة لزم المحذور المذكور ، وأن لا يبرأ إلا عن خمسمائة خاصة ، لأن الباقي ما أبرأ عنه ، ولا اعتاض وإنما جعل المعينة عوضًا عن الإبراء من خمسمائة فقط ، فظهر أن الصواب البطلان ، وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الخمسمائة معينة ، فإنه ليس هناك معاوضة فلا تعليق للإبراء قطعًا ، بل حاصله أنه إبراء من البعض وأبقى البعض على حاله .

وأما قول الرافعي أن الأول أن يقول : الصلح منه على البعض المعين إبراء للبعض ، واستيفاء للباقي إن أراد أن الاستيفاء والإبراء وقع كل منهما منفكًا عن الآخر مستقلاً ، فليس كذلك ، وإن كان الإبراء وقع بشرط

---

(١) في جـ : اشتراكهما .

الاستيفاء ، والاستيفاء بشرط الإبراء ، لزم أن لا يصحا كما قلناه ، فلا وجه في المسألة إلا البطلان ، وقد ذكر الرافعي في الصلح على الإنكار ما يعكر على ما قاله هنا ، ويقوي رأي الإمام والقاضي فقال : وإن أحضر خمسمائة وتصالحا من الألف عليها فهو مرتب على صلح الحطيطة في العين إن لم يصح ذلك فهذا أولي ، وإن صح ففيه وجهان واتفق الناقلون على أن وجه البطلان ها هنا أرجح .

والفرق أن ما في الذمة ليس ذلك المحضر المعين ، وفي الصلح عليه معني المعاوضة ، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الإنكار .

قوله : ولو صالح من ألف حال على ألف مؤجل أو من ألف مؤجل على ألف حال فهو لاغٍ .

ثم قال : نعم لو عجل من عليه المؤجل وقبل المستحق سقط الأجل بما جري من الإبقاء والاستيفاء . انتهى كلامه .

وما ذكره ها هنا من تعجيل المؤجل قد ذكر ما يخالفه في مواضع من نظائر المسألة ، وقد تقدم ذلك مبسوطًا في أول الباب من أبواب البيوع .

قوله : ولو تصالحا ثم اختلفا هل يصالح على الإنكار أم على الاعتراف؟

قال ابن كج : القول قول مدعي الإنكار لأن الأصل أن لا عقد ، ولك أن تخرجه على الخلاف الذي سبق في نزاع المتعاقدين في أن العقد الجاري بينهما كان صحيحًا أو فاسدًا . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا التخريج الذي ذكره الرافعي تفقهًا ، قد صرح الدبيلي في « أدب القضاء » بنقله عن الأصحاب ، وعبر بقوله: قال أصحابنا : المسألة على قولين بناء على كذا وكذا ، وذكر مثالاً من أمثلة

القاعدة ذكره الرافعي في باب الراهن ، وهو اختلافهما في اختلاف [في الخمر] (١) العصير هل كان عند العقد أو بعده .

الأمر الثاني : أن هذه المسألة قد نص عليها الشافعي في « الأم » وأجاب ما قاله ابن كج ، فقال في كتاب الصلح المذكور بعد أبواب اللعان ما نصه : فإن أنكر المصالح الأخذ لثمن الدار، أن يكون إقراره بالدار ، وقال : إنما صالحته على الحجة فالقول قوله مع يمينه ، والصلح مردود . هذا لفظه.

فثبت بطلان ما حاوله الرافعي من ترجيح الصحة ، وأن الصواب هو البطلان ، على هذا النص لم يذكروا ما ذكروه ولا شك أن الرافعي قد توهم أن لا كلام فيها إلا لابن كج ولم يقف النووي أيضًا على هذا النص غير أنه قد رجح أيضًا مقالته ، فقال في « الروضة » : الصواب ما ذكره ابن كج، وقد صرح به أيضًا الشيخ أبو حامد وصاحب « البيان » وغيرهما .

قال : والفرق أن الظاهر والغالب : جريان البيع على الصحة ، والغالب وقوع الصلح على الإنكار .

قوله : أما إذا كان المدعي دينًا ، وقال الأجنبي : وكلني المدعى عليه بمصالحتك على هذا الثوب وهو ملكي فوجهان :

أحدهما : لا يصح ، لأنه بيع شيء بدين غيره .

والثاني : يصح ويسقط الدين لمن ضمن دينًا وأداؤه . انتهى .

والأصح منهما عدم الصحة ، كذا صححه في « الروضة » .

---

(١) سقط من جـ .

الفصل الثاني
في النزاع على الحقوق

قوله : فإن لم يضر إخراج الجناح ، فلا منع منه . انتهى .

اعلم أن عدم المنع خاص بالمسلم ، فقد قال في « الروضة » في أثناء باب أوله ومن المهمات المستفادة أن أهل الذمة يمنعون من إخراج الأجنحة إلى شوارع المسلمين النافذة ، وإن جاز لهم استطراقها ، لأنه كإعلائهم البناء على بناء المسلم أو أبلغ ، قال : هذا هو الصحيح ، وذكر الشاشي في جوازه وجهين .

قوله : وقال أبو حنيفة : الاعتبار بالضرر وعدمه في إخراج الجناح ، ولكن إن خاصمه إنسان فيه نزع ، وإن لم يضر وإلا ترك .

وقال أحمد : لا يجوز إنتزاعه بحال إلا إذا أذن فيه الإمام، لنا اتفاق الناس عليه ، وأيضًا فإن النبي ﷺ نصب بيده ميزابًا في دار العباس [(١)] ، وقس الجناح عليه . انتهى .

وهذا الدليل الثاني ليس فيه رد على أبي حنيفة ، ولا على أحمد ، أما أبو حنيفة فلأنه لا يقول بمنع النصب كما تقدم ، وأما أحمد ، فلأنه إنما يمنع عند عدم إذن الإمام ، وفعل النبي ﷺ له آكد وأبلغ من الإذن فيه .

قوله : مع الكنسة المنصوبة على رأس المحمل ... إلى آخره .

الكنسة بفتح الكاف وكسر النون المخففة هي الأعواد المرتفعة على

---

(١) أخرجه أحمد (١٧٩٠) والحاكم (٥٤٢٨) وعبد الرزاق (١٥٢٦٤) والبيهقي في « الكبرى » (١١١٤٥) .

قال الهيثمي : رواه أحمد ورجاله ثقات إلا أن هشام بن سعد لم يسمع من عبيد الله .

وقال الألباني : ضعيف .

المحمل ، المعدة لأن يوضع عليها السترة التي تقي من الحر والبرد ، وسترة الراكب .

قال الجوهري : كنس الظبي يكنس بالكسر وتكنس على وزن تكلم أي دخل في كناسه وهو موضعه في السحر يكن فيه ويستتر .

قوله : وفي جواز نصب الدكة وغرس الشجر عند عدم الضرر وجهان، أقواهما : المنع .

قال : لأن المكان المشغول بالبناء [والشجر لا يتأتى فيه الطروق ، وقد يتزاحم المارة ، وأيضًا فإنه إذا طالت المدة اشتبه مكان البناء] (١) والغراس الأملاك وانقطع أثر استحقاق الطروق فيه . انتهى .

فأما الدليل الأول : فينتقض بغرس الشجرة في المسجد ، فإنه جائز مع الكراهة كما هو مذكور في آخر شروط الصلاة من « زيادات الروضة » ؛ وأما الثاني فينتقض بفتح الباب المستمر إلى الدرب الذي لا ينفذ ، فإنه رجح الجواز كما سيأتي والدكة هي المسطبة المرتفعة .

قال الجوهري : والدكة والدكان ما يجلس عليه .

قوله : ولو أشرع جناحًا [لا ضرر فيه ، ثم انهدم أو هدمه فأشرع آخر في محاذاته جناحًا] (٢) لا يمكن معه إعادة الأول جاز ، كما لو قعد في طريق واسع ، ثم انتقل عنه يجوز لغيره الارتفاق به ، ولك أن تقول : المرتفق بالقعود لمعاملة لا تبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع ، وإنما تبطل بالسفر والإعراض عن الحرفة ،كما سيأتي في إحياء الموات ، فقياسه أن لا يبطل حقه لمجرد الانهدام والهدم ، بل يعتبر إعراضه عن ذلك الموضع ورغبته عن إعادته . انتهى كلامه .

وهذا الاعتراض الذي [ذكره] (٣) الرافعي اعتراض صحيح ، واعترض

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في جـ : اعترضه .

عليه في « الروضة » فقال : قلت : إنما قاسه كثيرون على ما إذا وقف في الطريق ، ثم فارق موقفه أو قعد للإستراحة أو نحوها ، فلا يرد اعتراض الإمام الرافعي . هذا لفظه .

وهو اعتراض عجيب ، وذلك لأنه لا يصح القياس على القاعد للاستراحة ونحو ذلك كما فهمه النووي ، لأن ما نحن فيه للدوام بخلاف ما ذكره ، فتكون المسألة شبيهة بالقاعد للمعاملة ، وبتقدير أن يريدوا ما ذكره يقول الرافعي لهم : ليس نظير ما ذكرتموه ، ويذكر ما ذكره فسؤال الرافعي، وأراد على كل تقدير ، ويلزمهم أن يفرقوا ، وفرق في «المطلب»: بأن إشراع الجناح إنما كان بطريق البيع لاستحقاق الطروق ، وعند السقوط استحقاق الطروق ثابت لكل من المسلمين ، فكذلك من سبق إليه كان أحق به لمشاركته في السبب ، والانتفاع بالمقاعد ليس بيعًا لغيره ، فكذلك من سبق إليه كان أحق به ما لم يعرض ، وهذا الفرق ظاهر الضعف ، وقول النووي : (إنما قاسه كثيرون على كذا وكذا) فغير مسلم به ، بل صرحوا بالقياس على ما ذكره الرافعي ، ومنهم الشاشي في « المعتمد » باللفظ الذي ذكره الرافعي بعينه ، ومنهم صاحب « البحر » وغيره .

قوله في أصل « الروضة » والشوارع منفكة عن الملك والاختصاص ، ثم قال : قال الإمام : ومصير الموضع شارعًا له صورتان .

إحداهما : أن يجعل الرجل ملكه شارعًا وسبيلاً .

والثانية : أن يجيء جماعة بلدة أو قرية وتركوا مسلكًا نافذًا من الدور والمساكن ، ويفتحوا إليه الأبواب ، ثم حكى عن شيخه ما يقتضي صورة ثالثة ، وهو أن يصير موضع من الموات جادة يستطرقها الرفاق ، فلا يجوز تغييره ، وإن كان يتردد في ثنيات الطريق التي يعرفها الخواص ويسلكونها .

قال الإمام : ولا حاجة إلي لفظ في مصير ما يجعل شارعًا . انتهى

كلامه .

وما حكاه عن الإمام ظاهره أنه راجع إلي الصور الثلاثة وليس كذلك، بل هو راجع إلى الصورتين الأخيرتين ، وعدم اشتراط اللفظ فيهما ظاهر ، وأما الأولى فلا بد فيها من لفظ يقتضي إخراج الملك عنه ، وصيرورته وقفًا بلا نزاع على قاعدة أوقاف الأملاك .

وقد نبه عليه مع وضوحه ابن الرفعة في « المطلب » ، وثنيات بالمثلثة المضمومة جمع ثنية مصغرًا .

قوله : ولا يجوز لأهل السكة إخراج الجناح إلا برضاهم، وقال الشيخ أبو حامد ومن تابعه : يجوز إذا لم يضر .

ثم قال : وشركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وباب داره ، وقيل : الشركة في جميعها لجميعهم .

وتظهر فائدته على قول الشيخ أبي حامد في أن مستحق المنع إذا أضر الجناح من هو ، لكنهم لم يذكروه . انتهى ملخصًا .

وما قاله الرافعي من عدم ذكرهم له عجيب ، فقد ذكره صاحب «التهذيب »، واستمداد الرافعي من كلامه ، وذكر في « الروضة » أيضًا هذا الاعتراض فقال : هذا من أعجب العجب ، فقد ذكره صاحب «التهذيب» مع أن معظم نقل الرافعي منه ومن « النهاية » .

قوله : ولو قال : أفتح إليها بابًا للاستضاءة دون الاستطراق ، أو أفتحه وأسمره فوجهان :

أصحهما عند الكرخي : لا يمنع . انتهى .

قال في « الروضة » : صححه أيضًا العمراني ، قال : وصحح الجرجاني والشاشي : أنه لا يجوز ، ثم قال ـ أعني النووي ـ في الروضة: إن الأفقه المنع ، ولم يذكر ترجيحًا له غيره ، وصحح الرافعي

في « المحرر » الخيار وعبر بالأظهر ، وصححه أيضًا النووي في «المنهاج»، و « تصحيح التنبيه » ، وعبارة « الشرح الصغير » فيه مثل عبارة «الكبير» [وبالجملة فالنووي على الجواز ، فقد نقله ابن جرير الطبري عن الشافعي] (١) .

قوله : ولو كان له باب في السكة فأراد أن يفتح آخر أبعد من أولها فشريكه إن كان فوقه فله المنع ، وإن كان تحته ففيه الخلاف في كيفية الشركة... إلى آخره .

أهمل ـ رحمه الله ـ قسمًا ثالثًا ، وهو أن يكون تحت شريكه مقابلاً لبابه لا فوقه ولا تحته ، وحكمه حكم من هو أقرب إلى رأس السكة ففيه الوجهان ، كذا قاله الإمام ونقله عنه في « الروضة » ، وهو ظاهر ، لكنه عبر هو والرافعي هنا عن الباب القديم الذي للفاتح بالباب المفتوح فافهمه، فإنه قد يتوهم منه أن المراد بالمفتوح الباب الجديد ، وليس كذلك ، فإنه لو أراد ذلك لكان المنع متفقًا عليه .

قوله : ولو كان له داران ينفذ باب أحدهما إلي الشارع ، وباب الأخرى إلي سكة مفسرة فأراد فتح باب من أحدهما إلي الأخرى ، فليس لأهل السكة المنع في أظهر الوجهين ، ولو كان باب كل واحدة في سكة غير نافذة، جري الوجهان أيضًا لأهل السكتين معًا .

كذا نقل الإمام ، ثم قال : واعلم أن موضع الوجهين فيما إذا سد باب إحدى الدارين ، وفتح الباب بينهما لغرض الاستطراق .

أما إذا قصد اتساع ملكه ونحوه فلا يمنع . انتهى كلامه .

وفيه أمور نبه عليها في « الروضة » :

أحدها : أن دعوى اختصاص الخلاف إذا سد باب إحداهما خطأ ،

---

(١) سقط من جـ .

قال: بل الصواب جريان الوجهين إذا بقي البابان نافذين ، وكل الأصحاب مصرحون به .

نعم إن أراد إزالة الحائط الذى بينهما وجعلهما دارًا واحدة وترك بابيهما على حاليهما جاز قطعًا ، وممن نقل الاتفاق عليه القاضي أبو الطيب في «تعليقه » .

فالصواب أن يقال : موضع الوجهين ما إذا لم يقصد اتساع ملكه .

الثاني : أن تعبيره بقوله : هكذا نقله الإمام يوهم الخلاف ، والوجهان مشهوران للأصحاب .

الثالث : أن دعواه أن الأظهر الجواز، تابع فيه لصاحب « التهذيب » ، والجمهور على ما نقله أصحابنا العراقيون على المنع ، بل نقل القاضي أبو الطيب الاتفاق عليه ، ثم قال : وعندي أنه يجوز ، هذا كله هو معني كلام «الروضة » .

قوله : وذكر الإمام أنه لو فتح من لا باب له في السكة بابًا برضى أهلها كان لأهلها الرجوع متى شاؤوا ولا يلزمون بالرجوع شيئًا بخلاف ما لو أعار الأرض للبناء ثم رجع ، فإنه لا يقلع البناء مجانًا ، وهذا لم أجده لغيره، والقياس أن لا فرق . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على أنه لا فرق بينهما ، قال في « المطلب » : والفرق واضح لأنه هنا بنى في ملكه ، والمبني باق بحاله لا يزال ، فلا غرم بخلاف البناء على الأرض، فإن المعير يقلع فغرمٌ الأرش لذلك .

وما [ذكره] [1] في « المطلب » : صحيح إذا فرعنا على أنه يجوز إحداث باب في ملكه لغير الاستطراق .

فإن قلنا : لا يمكن منه ، كان له مطالبته بسده ، وحينئذ فتتجه التسوية

(١) سقط من جـ .

بين المسألتين .

قوله : فرع : قال القاضي الروياني في « البحر » : إذا كان بين داريه طريق نافذ فحفر تحته سردابًا من إحداهما إلى الأخرى ، وأحكم بالأزج لم يمنع .

قال : وبمثله أجاب الأصحاب فيما إذا لم يكن نافذًا ، لأن لكل أحد دخول هذا الزقاق كمطروق الدرب النافذ .

وغلط من قال بخلافه ، وهذا اختيار منه ، لكونها في معني الشارع ، والظاهر خلافه ، انتهى كلامه .

وما نقله الرافعي عن « البحر » غير نافذ ، قد غلط فيه عليه فإنه لا ذكر له فيه ، بل فيه وفي « الحلية » له ترجيح المنع ، وعبر في « البحر » بقوله : والأقيس ، وفي « الحلية » بقوله : ظاهر المذهب .

وقد تبع النووي الرافعي على هذا الغلط ، ثم بعد ذلك أنكر على الروياني مقالته اعتقادًا منه صحة ما نقله الرافعي فقال من «زياداته » : وأما تجوز الروياني في ذلك فيما إذا لم يكن الطريق نافذًا، ونقله ذلك عن الأصحاب فضعيف ، ولا يؤخذ ذلك في كتب معظم الأصحاب ، ولعله وجده في كتاب أو كتابين ، فإني رأيت له مثل ذلك كثير ، هذا كلام النووي ، وقد علمت أن الغلط منهما لا من الروياني .

قوله : والجدار المخصوص بأحد المالكين هل للآخر وضع الجذوع عليه من غير إذن مالكه ؟ القديم : الجواز لما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره » ، قال : فنكس القوم رؤسهم ، فقال أبو هريرة : ما لكم عنها معرضين ، والله لأضعن بها بين أكتافكم » [(١)] أي لأضعن هذه السنّة .

---

(١) أخرجه مالك (١٤٣٠) والبخاري (٢٣٣١) ومسلم (١٦٠٩) .

والجديد : المنع ،لقوله ﷺ : « لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيب نفس منه » (١) .

ويشترط على القديم ألا يحتاج مالك الجدار إلي وضع الجذوع عليه، وألا يزيد الجار في ارتفاع الجدار ، ولا يبني عليه أزجا وهو العقد ، ولا يضع عليه ما لا يحتمله أو يضره ، وألا يملك شيئًا من جدار البقعة التي يريد تسقيفها ، أو لا يملك إلا جدارًا واحدًا ، فإن ملك جدارين فليسقف عليهما ، وصاحب « النهاية » لم يعتبر هذا الشرط هكذا ، بل قال : الشرط أن تكون الجوانب الثلاثة للجار ، فإن كان الجميع للغير لم يصح قولاً واحدًا .

ثم نقل عن بعض الأصحاب : أنه لم يعتبر هذا الشرط ، واعتبر في «التتمة» مثل ما ذكر الإمام ، وحكى الوجهين فيما إذا لم يملك إلا جانبًا أو جانبين . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن القول بالإجبار قد نقله « البويطي » عن الشافعي، فيكون القولان في الجديد ، ولهذا قال البيهقي في إحياء الموات : لم نجد في سنن رسول الله ﷺ ما يعارض هذا الحديث ، ولا يصح معارضته بالعمومات .

وقد نص الشافعي في القديم والجديد على القول به ، فلا عذر لأحد في مخالفته . هذا كلامه ، والحديث في الصحيحين .

ولكن أجاب الأصحاب بأن الضمير في جداره لصاحب الخشب أي لا يمنعه الجار أن يضع خشبة علي جدار نفسه . وإن تضرر به من جهة منع الضوء والهواء ورؤية المارة والأماكن المستنزهة ونحوها ، على خلاف

---

(١) أخرجه أحمد (٢٠٧١٤) وأبو يعلي (١٥٧٠) والبيهقي في « الشعب » (٥٤٩٢) وفي «الكبري » (١١٣٢٥) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه بسند ضعيف .

ما يقوله مالك من المنع في كثير من هذه الحالات ، واختاره الروياني عند ظهور تعنت فاعله ، ويتأيد بأنه القياس الفقهي والقاعدة النحوية ، أما الأول فواضح ، وأما الثاني فلأنه أقرب من الأول فوجب عود الضمير إليه، وقوله في الحديث (خشبة) روي بالإفراد والجمع .

قال الحافظ عبد الغني : الناس كلهم يروونه بالجمع إلا الطحاوي .

وقوله فيه : « أكتافكم » ، هو بالمثناة من فوق ، أي بينكم ، ونقل القاضي عياض عن بعضهم أنه رواه بالنون ، ومعناه أيضًا بينكم ، فإن الكنف هو الجانب .

وفي « تعليقة القاضي الحسين » : أن أبا هريرة قال ذلك حين كان متوليًا على مكة والمدينة .

الأمر الثاني : أنه يستثني من القولين الساباط ، فلو أراد بناءه على شارع أو درب غير نافذ ، ويريد أن يضع طرف الأخشاب على حائط جاره المقابل ، فلا يجوز ذلك إلا بالرضا قولاً واحدًا ، قاله صاحب « التتمة » وغيره ، وجرى عليه في « المطلب » .

الثالث : أن ما نقله الرافعي عن « التتمة » من الجزم بالمنع إذا لم يملك شيئًا ، وتخصيص الوجهين بما إذا ملك اثنين أو واحدًا ، فذكر ـ أعني صاحب « التتمة » ـ في إحياء الموات ما يخالفه ، فإنه جزم بالوضع إذا ملك ثلاثة ، ثم قال : وإن لم يملك فيها شيئًا أو ملك اثنين أو واحدًا فوجهان .

قوله في المسألة : فإن رضي بغير عوض فله الرجوع عنها قبل البناء ، وكذا بعده في أصح الوجهين . انتهى .

وما صححه من جواز الرجوع قد جزم في البيع في الكلام على بيع الشجر بما يخالفه ، وقد تقدم هناك أيضًا أن الصحيح خلافه .

قوله في المسألة : وما فائدة رجوعه ؟ فيه وجهان مذكوران في الكتاب:

أظهرهما : أنه مخير بين أن يبقي بأجرة ، وبين أن يقلع ويضمن أرش النقصان ، كما لو أعار أرضًا للبناء .

قال في « التهذيب » : إلا أن في إعارة الأرض له خصلة أخرى ، وهي تملك البناء بالقيمة ، وليس لمالك الجدار ذلك ، لأن الأرض أصل ، فجاز أن يستتبع البناء ، والجدار تابع فلا يستتبع .

والثاني رواه الإمام عن حكاية القاضي : أنه ليس له إلا الأجرة . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن « الوجيز » من ذكر وجه التخيير غلط ، لم يذكره الغزالي فيه ولا في « البسيط » ولا في « الوسيط » ، **وإنما ذكر وجهين:**

أحدهما ـ وهو ما نقله عن الرافعي ـ : وهو الإبقاء بالأجرة .

والثاني : القلع وغرامة أرش النقص .

فقال : فمهما رجع كان له النقص بشرط أن يغرم له النقص .

وقيل : فائدة الرجوع المطالبة بالأجرة للمستقبل ، هذا لفظ « الوجيز » فأسقط منه وجهًا غيره .

نعم التخيير ثابت ، ذكره البغوي وغيره ، ونقل الغزالي في « الوسيط» أن القاضي قائل بالأجرة ، وهو غلط والصواب ما عبر به الرافعي نقلاً عن الإمام .

الأمر الثاني : أن ما أجاب به من التخيير بين الأمرين تبعه عليه في «الروضة » أيضًا ، والصحيح خلافه ، وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى مع نظائرها ، وما وقع فيها في باب العارية .

قوله : وإذا قلنا : ليس له الرجوع ، فلو رفع الجذوع صاحبها ، أو سقطت بنفسها لم يملك إعادتها بغير إذن جديد على أصح الوجهين ، زاد في « الروضة » على هذا فقال ما نصه : قلت : الخلاف في جواز الإعادة بلا إذن ، فلو منعه المالك لم يعد بلا خلاف إذ لا ضرر .

كذا صرح به صاحب « التتمة » ، وأشار القاضي أبو الطيب أو صرح بجريان الوجهين في منعه . انتهى لفظه .

وأوائله غير منتظم ، وكأنه سقط منه شيء ، ويظهر أن يكون أصله هكذا الخلاف في جواز الإعادة بلا إذن ، محله عند عدم المنع ، فسبق القلم إلى التعبير بقوله : فلا إذن .

قوله في المسألة : ولو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة ، فكذلك أي يخرج جواز الإعادة من غير إذن على الوجهين .

ثم قال : وإن بناه بغير تلك الآلة ، فلا خلاف في أنه لا يعيد إلا بإذن جديد ، لأنه جدار آخر . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف تبعه عليه في « الروضة » أيضًا ، وليس كذلك بل في المسألة خلاف حكاه الروياني في باب العارية من « البحر » ، قال ابن الرفعة في « المطلب » . ولعل قائله يقول : الأرش أصل فما دام فالاعتبار به ، قال : ولهذا قال بعض الأصحاب : إذا سقط جدار الوقف وأعيد بغير نقصه لتلفه لا يحتاج إلى تجديد وقف لأنه وضع موضع الأول .

قوله في الجدار المشترك : لو منع أحدهما الآخر من الاستناد فهل يمتنع عن الأصحاب ؟ فيه تردد لأنه عناد محض . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا ، والأصح أنه لا يمتنع ، كذا قاله في « الروضة » ، وقيد في « التتمة » جواز الاستناد بما إذا لم

يجعل ثقله عليه .

قوله في الكلام على ألفاظ « الوجيز » : ولم يذكر أحد خلافًا في ذلك ـ أي في جواز قسمة الحائط عرضًا في كمال الطول ـ وبالعكس ، بل أطلقوا الجواز عند التراضي ، وحينئذ فيكون بالقرعة . انتهى .

وما ادعاه الرافعي من عدم الخلاف ليس كذلك ، فقد حكى الفوراني في « الإبانة » وجهين في قسمته عرضًا في كمال الطول من غير قرعة ، قال : وبالقرعة لا يجوز وجهًا واحدًا ، وجزم الماوردي بأنه لا يجوز قسمته مطلقًا ، وعلله بأن ما يضر لكل منهما مضر بصاحبه وبه ، لأنه إن أراد هدمه لم يقدر إلا بهدم ما لشريكه أو بهدم بعضه .

قوله : وإذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير إذن صاحبه لاستهدامه أو من غير استهدامه ، ففي « التهذيب » : أن النص إجبار الهادم على إعادته ، وأن القياس غرامة النقصان ، لأن الجدار ليس بمثلي . انتهى .

وما فهمه صاحب « التهذيب » من أن المراد الحائط المشتركة يضمن بحائط موضعها ، تابعه عليه الرافعي ، ثم عداه إلى الجدار الخالصة للغير أيضًا لعدم الفرق بينهما في موضعين : أحدهما : في هذا الباب كما تقدم قريبًا ، الثاني عند الكلام فيما إذا باع أرضًا فيها حجارة ، فقال : في وجوب الإعادة على هادم جدار الغير خلاف يذكر في الصلح ، وأشار إلى المذكور هنا مع أنه لم يصرح أيضًا بخلاف .

وهذا الفهم بعيد مخالف للقواعد ، فإن الحائط متقومة بلا نزاع ، والصواب ما قاله ابن الرفعة في « الكفاية » و « المطلب » : أن المراد من النص إنما هو على أن يبني مع شريكه ، فإنه قال في « الأم » : عند الكلام في سقف بين علو لواحد وسفل لآخر إذا تنازعا فيه وحلفا جعل

بينهما ما نصه : وإذا اصطلحا على أن ينقض العلو والسفل لعلة فيهما أو في أحدهما أو غير علة ، فذلك لهما ويعيدان معًا البناء كما كان ، ويؤخذ صاحب السفل بالبناء إذا كان هدمه على أن يبنيه أو هدمه لغير علة . هذا لفظه .

وهو يدل على إجباره على المشاركة في البناء ، وإن كان مذهبه الجديد عدم الإجبار في غير هذه الحالة ، وكأنه راعى التعدي أو الالتزام ، وأما وجوب إعادتها على الهادم فلا يمكن ، بل تجب قيمتها .

قال : لأنّا لو أجبرنا الهادم على إعادته مستهدمًا ، فهو غير منضبط أو غير مستهدم كان زائدًا على ما هدمه ، وذلك حيف ، وهذا الذي قاله حق لا شك فيه ، وهو الذى فهمه صاحب « التعجيز » في اختصاره «للتنبيه»، وليس في النص المذكور ما يدل على أن المراد ما قالوه، بل محتمل له ولنا، وقلنا : السابق والقواعد والأدلة القطعية تقتضي أحد التأويلين ، فتعين المصير إليه ، ويعلم من ذلك أن الجدار المختص بالغير لا يأتي فيه ذلك ، وأنه لا يضمن إلا بالأرش بلا نزاع .

وقد جزم الرافعي في الغصب في الكلام على حفر الأرض: أنه إذا هدم حائطًا لغيره لا يلزمه إعادتها ،لأنها غير مثلية ، ونقله الإمام في الكلام على بيع الأرض وفيها حجارة عن الأصحاب قاطبة ، وكذلك القاضي أبو الطيب في كتاب الغصب في الكلام على تسوية الحفر ، فإنه نقل عن الشافعي وجوبه ، ثم قال : فاقتضى ذلك أنه إذا هدم حائطًا لغيره لزمه بناؤه، وأصحابنا يقولون لا يلزمه ذلك ، وإنما يلزمه رد ما بين قيمته قائمًا ومهدومًا . هذا كلامه .

وحاصله أنه مجرد استشكال، أو محاولة تخرج على خلاف ما اقتضى نقله عن الأصحاب ، وقد أجاب الأصحاب عن ذلك ، وفرقوا بين

المسألتين بإمكان التسوية كما هو معروف هناك ، وبالجملة فقد نص الشافعي في « البويطي » على هذه المسألة نصًا صريحًا دافعًا لما توهمه الرافعي ، فقال : ولو اشترى دارًا وقد غصبها رجل ثم هدمها ثم بناها استحقت قيل له : خذ بنيانًا منها ويؤخذ الكراء ، ويؤخذ من الذي في يديه قيمة البنيان الذي هدمه ، وصرح بمثله أيضًا في الكتاب المذكور فقال : وإن حبس ربعًا فتعدى فباعه فهلك في يد المشتري رجع على أيهما شاء، المحبس عليهم ، فأخذوا قيمة البناء قائمًا وردوه في العرصة على حاله ، وإن ولى المشتري بهدمه وإتلافه تقوم قيمته قائمًا ، ولا يرجع على البائع بشيء .

وإن أدركه منقوصًا أخذ أهل الحبس النقص ، وما بين قيمته صحيحًا ومنقوصًا من المشتري ، ولم يرجع به على البائع .

هذا لفظ الشافعي بحروفه ، ومن « البويطي » نقلته .

ونقل ابن الرفعة هنا وفي الغصب من « المطلب » عن الإمام : أن التسوية في البناء ممكنة إذا كان بغير طين ونحوه من الأحجار ، بل بعضها فوق بعض مرصوصًا على هيئة البناء .

ثم قال ـ أعني ابن الرفعة ـ : إنه يجبر في هذه الحالة على إعادته ، كما في طم البئر بترابها ، وهذا الذى قاله واضح .

قوله : فلو انهدم ـ أى الجدار المشترك ـ أو هدماه فامتنع أحدهما من الإعادة فلا يجبر عليها على الجديد ، كما لا يجبر على زراعة الأرض المشتركة ، ولو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر فانهدمت ، فهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادته ليبنى عليه ؟ فيه قولان :

ومنهم من قال : القولان فيما إذا انهدم أو هدماه من غير شرط .

أما إذا استهدم ، فهدمه صاحب السفل بشرط أن يعيده أجبر عليه قولاً

واحدًا ، ويجرى القولان فيما إذا طلب أحدهما إتخاذ سترة بين سطحيهما هل يجبر الآخر على مساعدته ؟ انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن القياس على الزرع غير مستقيم ، لأنه يجبر الشريك على إجارتها ، فيندفع الضرر بذلك .

نعم إنما يستقيم القياس على وجه اختاره الغزالي أنه لا يجبر على الإجارة أيضًا .

الأمر الثاني : أن هذا القيد الذى قد حكاه الرافعي عن بعضهم في مسألة العلو وساقه مساق الأوجه الضعيفة ، لابد من التقييد به ، فقد صرح به الشافعي في « الأم » وقال في كتاب الصلح المذكور بعد أبواب اللعان ما نصه : ويؤخذ صاحب السفل بالبناء إذا كان هدمه على أن يبنيه ، أو هدمه لغير علة ، وإن سقط البيت لم يجبر صاحب السفل على البناء . هذا لفظه بحروفه ، ومن « الأم » نقلته .

وإذا كان قائل القول قد عين مراده ، وصرح بالتقييد ، ولا سيما إمام المذهب وجب المصير إليه بلا نزاع ، لكن الرافعي ـ رحمه الله ـ لم يتيسر له النظر في كثير من الأصول المعتمدة ، لا سيما كتب الشافعي .

الأمر الثالث : أن القولين في السترة محلهما في الإعادة لا في الإنشاء كما يوهم كلامه ، فتفطن له .

قال في « المطلب » : لأن إنشاء الحائط بين الملكين لا يجب على القولين .

قوله : فإذا قلنا بالقديم ، فأضر الممتنع ، أنفق الحاكم عليه من ماله ، فإن لم يكن له مال اقترض عليه أو من الشريك في الإنفاق عليه ، فلو استقل به

الشريك لم يرجع ، وقيل قولان : القديم : نعم ، والجديد : لا ، وقيل يرجع في القديم وفي الجديد قولان ، وقيل : إن لم يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم رجع ، وإلا فلا . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على حكاية الطريق الثانية والثالثة هكذا ، وكيف يتصور ما ذكره مع أنه لم يحك عن الجديد إلا عدم إيجاب العمارة ؟ ، فكيف يصح ما ذكره في الطريقة الثالثة أنه يرجع عليه على قول ؟ ، فلهذا قال في « المطلب » : إنه مستنكر في بداية العقول ، وكذلك ما ذكره في الثانية ، لا يصح أيضًا فتأمله .

قوله في « الروضة » : فرع : إذا قلنا : لا يجبر الشريك على العمارة فأراد الطالب الانفراد بها ، نظر إن أرادها بالنقض المشترك ، فللأجير منعه . انتهى كلامه .

وما جزم به من المنع غريب ، فقد نقل الرافعي عن الإمام والغزالي أنهما صرحا بالجواز ، وزاد الإمام على ما نقله عنه الرافعي ، فنقل إجماع الأصحاب عليه ، وقال في « الكفاية » : إنه ظاهر كلام الشيخ في «التنبيه» وغيره من العراقيين والمراوزة ، ولم ينقل ـ أعني ابن الرفعة ـ مقابله إلا عن « التهذيب » ، وفي « المطلب » عن الأول أنه قال : أشبه ، والسبب في ذهول الشيخ محيى الدين عن هذا الخلاف أن الرافعي إنما ذكره في آخر المسألة في الكلام على ألفاظ « الوجيز » .

قوله : وإذا جرت هذه المعاملة ـ أى بيع حق البناء الجدار ـ ، فلو هدم صاحب السفل أو غيره السفل قبل بناء المشتري ، فعلى الهادم قيمة حق البناء ، ولو كان الهدم بعد البناء ، فالقياس أن يقال : إن من هدم جدار الغير يلزمه إعادته فعليه إعادة السفل والعلو ، وإن قلنا : يلزمه أرش

النقض فعليه إعادة أرش نقض الآلات ، وقيمة حق البناء للحيلولة . انتهى كلامه .

وما ذكره بعد البناء تابعه عليه في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : ما سبق في وجوب إعادة الجدار على هادمه .

الثاني : أن ما قاله في التفريع على لزوم أرش النقض على الهادم ، وهو الصواب كما تقدم ، إنما يستقيم إذا كان الهادم غير المالك ، وهو قد فرض المسألة في هدم المالك وغيره للإعادة .

أما إذا كان الهادم هو المالك ، وكان قد هدمه متعديًا فتلزمه الإعادة ، وأرش بناء الأعلى ، وفى مدة التعطيل تلزمه القيمة للحيلولة ، وما قلناه من وجوب الإعادة ، قد سبق نقله عن الشافعي في المسألة التي قبل هذه ، حيث قال : أوهدمه لغير علة ، وقياسه أن يأتي أيضًا إذا كان الهدم قبل البناء ، المعنى فيه التزام صاحب السفل لصاحب العلو البناء والحمل .

قوله : لتكون الإجارة عتيدة .... إلى آخره .

هكذا عبر به في « الروضة » أيضًا ، والعتيد بالعين المهملة والتاء المثناة من فوق هو الحاضر المهيأ .

قال الجوهري : ومنه قوله تعالى : ﴿ هَذَا مَا لَدَيَّ عَتِيدٌ ﴾ [1] .

قوله : وإن أجر أرض غيره لإجراء ماء ، وجب بيان موضع البناء فيه ، وطولها وعرضها وعمقها ، وتقدير المدة .

قال في « الشامل » : ولابد أن تكون الساقية محفورة ، وأن المستأجر لا يملك الحفر . انتهى كلامه .

والحفر المذكور في آخر كلامه هو بفتح الحاء وسكون الفاء ، على أنه

---

(١) سورة ق (٢٣) .

مصدر ، وقد أوضحه في « الشامل » فقال : قال أصحابنا : وإنما يصح إذا كانت الساقية محفورة ، فأما إذا لم تكن محفورة لم يجز ، لأنه لا يمكن المستأجر إجراء الماء بالحفر ، وليس له الحفر في ملك غيره ، ولأن ذلك إجارة لساقية غير موجودة ، فإن حفر الساقية وصالحه جاز . هذا لفظه .

ثم نقل عن الأصحاب أيضًا : أنه لا يجوز حفر الساقية في الأرض المستأجرة والموقوفة عليه .

وذكر أيضًا : أنه لا يجوز أن يصالح على أن يسقي أرضه من نهر أو عين لأن الماء مجهول . هذا كلامه .

وهو مشتمل على فوائد ، والعجب من إهمال الرافعي إياها : وتوهم في « الروضة » أن المراد : أن المستأجر لا يملك مكان الحفر ، فجعله مسألة مستقلة لا تعليلاً ، وضبطه بخطه بضم الحاء وفتح الفاء ، فقال : ويشترط كون الساقية ، محفورة ، وإذا استأجر لا يملك الحفر . هذا لفظه .

وهو غريب ، فإن المستأجر لا يتخيل إحداث تملك ما استأجره ، والمراد من الساقية هو المجراة كما قاله في « الكفاية » وهو واضح .

قوله : وتجوز المصالحة عن قضاء الحاجة في حش الغير . انتهى .

الحش بالحاء المهملة والشين المعجمة ، هو المرحاض وسبق الكلام عليه في باب الاستنجاء .

الفصل الثالث
في التنازع

قوله : ادعى رجل على رجلين داراً في يدهما ، فصدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ثبت له النصف بإقرار المصدق ، والقول قول المكذب، فلو صالح المدعى المقر على مال ، وأراد المكذب أخذها بالشفعة ، فإن ملكاها في الظاهر بسببين مختلفين ، فله ذلك ، لأن لا تعلق لأحد الملكين بالآخر ، وإن ملكا بسبب واحد من إرث أو شراء فوجهان :

أحدهما : المنع ، لأنه يزعم أن الدار ليست للمدعي ، وأن الصلح باطل .

وأظهرهما : يأخذ لأنَّا حكينا في الظاهر صحة الصلح . انتهي .

وماذ كره هنا من إثبات الشفعة مخالف لما ذكره في آخر الإتلافات، قال : ولو وجدنا داراً في يد اثنين ، وادعى أحدهما أن جميعها له ، والآخر أنها بينهما نصفين ، فصدقنا الثاني بيمينه ، لأن اليد تشهد له ، ثم باع مدعي الكل نصيبه من ثالث ، فأراد الآخر أخذه بالشفعة ، وأنكر المشتري ملكه ، فإنه يحتاج إلي البينة ، ويمينه في الخصومة مع الشريك أفادت دفع ما يدعيه الشريك لا إثبات الملك له . هذا كلامه .

والمعنى الذي ذكره في امتناع الشفعة في الموضع الثاني ، هو بعينه موجود في المسألة المذكورة في هذا الباب .

وقد تلخص من هذا في المسألة خلافًا ، وقد صرح به الماوردي فيما إذا شهدت البينة له باليد دون الملك، هل يأخذ بالشفعة أم لا ؟ قال في « المطلب » : وما قالوه هنا معارض أيضًا لقولهم في الشفعة : أن من

في يده شقص من دار يدعي أنه ملكه ، وأراد أخذ ما بيع منها بالشفعة ، وكذبه المشتري لم يكن له الأخذ إلا أن يقيم بينة على الملك .

قال : إلا أن يحمل كلامهم هنا على ما إذا صدق المقر المشتري على ذلك أو يحمل على حالة عدم التكذيب ، ومحل تكليف إقامة البينة على الملك إذا كذبه المشتري .

قوله : وأما مسألة الدابة فهي ممنوعة ، بل هما سواء على قول أبى إسحاق ، وعلى التسليم وهو المذهب .... إلى آخره .

وأشار بمسألة الدابة إلى قول الغزالي في « الوجيز » : أنه إذا تنازع فيها الراكب والقائد ، قضي بها للراكب ، فقال الرافعي : إنه المذهب .

وهذه المسألة ذكرها الرافعي أيضًا في ضمان البهائم ، وحكى فيها وجهين من غير ترجيح ، واقتضى كلامه جريان الخلاف في السابق أيضًا، وأسقط النووي المسألة من الموضعين وإن تعرض لها أيضًا في غيرها .

قوله في الشارع في الجدار بين الملكين : قال الشافعي : ولا أنظر إلى من إليه الدواخل والخوارج ولا التصاق اللبن ولا معاقد القمط .

ثم قال : ومعاقد القمط تكون في الجدار المتخذ من قصب أو حصير أو نحوهما ، وأغلب ما يكون ذلك في الستر بين السطوح ، فيشد بحبال أو خيوط ، وربما جعل عليها خشبة معترضة ، فيكون العقد من جانب ، والوجه المستوي من جانب . انتهى كلامه .

والقمط كما قال الأزهري : حبال رقاق .

قال النووي في « تهذيب الأسماء واللغات » : قال أهل اللغة : القمط بكسر القاف وإسكان الميم .

قال الماوردي والإمام : القمط جمع قماط ، وهذا يدل على أنه

مضموم القاف والميم مثل حمار وحمر .

قوله : ولو كان لأحدهما عليه جذوع ، لم يرجح ، لأنه لا يدل على الملك، كما لو تنازعا داراً في يدهما ، ولأحدهما فيها متاع . انتهى .

وما ذكره ها هنا من عدم الترجيح بالمتاع ، قد ذكر ما يخالفه في آخر الدعاوى في الفصل المعقود لمسائل منثورة ، وسنذكر لفظه هناك فراجعه .

كتاب الحوالة

قوله في « الروضة » : وهل الحوالة استيفاء حق كان المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه ، أو بيع ؟ وجهان : أصحهما وهو المنصوص : أنها بيع . انتهى ملخصًا .

تابعه عليه في « الروضة » وهو يقتضي أن الشافعي لم ينص على الأول ، وليس كذلك فقد قال في « الأم » في باب قطاعة المكاتب : ولو كانت للمكاتب على رجل مائة دينار ، وحلت عليه لسيده مائة دينار ، فأراد أن يبيعه المائة بالمائة لم يجز ، ولكن إن أحاله عليه جاز .

ثم قال ما نصه : وليس هذا بيعًا ، وإنما هو حوالة ، والحوالة غير بيع . هذا لفظ الشافعي بحروفه ، ومن « الأم » نقلته .

وحينئذ فيكون الخلاف قولين ، وقد أشار إليه الرافعي بقوله : وجهان أو قولان .

قوله : وهل يشترط رضى المحتال عليه ؟ فيه وجهان : أصحهما : لا .

وعن ابن القاض أن المنصوص عليه في « الأم » أنه لا يشترط . انتهى .

واعلم أن الشيخ أبا إسحاق قد نقل في « التنبيه » عن النص: أنه لا يشترط ، فيكون الخلاف حينئذ قولين لا وجهين .

قوله : ولو أحال على من لا دين عليه برضاه ، ففي صحة الحوالة وجهان بناهما الجمهور على الأصل المذكور ، إن قلنا : إنه اعتياض لم يصح ، لأنه ليس على المحال عليه شيء يجعله عوضًا عن حق المحتال ، وإن قلنا: استيفاء فيصح ، كأنه أخذ المحتال حقه وأقرضه من المحال عليه . انتهى كلامه .

ثم قال بعده بقليل : وهل يبرأ المحيل في هذه الحوالة ؟ **فيه وجهان :**

أحدهما : أنه يبرأ على قياس الحوالات .

والثاني ـ وهو الذى أورده الأكثرون ـ : أنه لا يبرأ ، وقبول الحوالة ممن لا دين عليه ضمان مجرد . انتهى كلامه .

وهذا الذي نقله عن الأكثرين ثانيًا مخالف لما نقله عنهم أولاً ، فإنهم لما صححوا أولا تفريعًا على قول الاستيفاء ومتى وقع الاستيفاء لزمت البراءة فلا يصح منه النص بعد ذلك ، والحكم بأنها مجرد ضمان ، وهذا الاعتراض وارد أيضًا على « الروضة » ، وقد تفطن ابن الرفعة في «الكفاية » لما ذكرناه فقال : إن كلامهم هنا غير مستقيم .

قوله : وتجوز الحوالة بالثمن في مدة الخيار ، وعليه في أصح الوجهين لأنه صائر إلى اللزوم .

ثم قال : ولو اتفق فسخ البيع [انقطعت الحوالة لأنها إنما صحت على تقدير إقضاء البيع] (١) إلى اللزوم ، فإذ لم يقضِ إليه ارتدت الحوالة . انتهى كلامه .

واعلم أن الملك في زمن الخيار موقوف على الأصح في البيع وفي الثمن ، فإن تم البيع تبين ملك المشتري للمبيع ، والبائع للثمن ، وإن لم يتم تبينا أن لا ملك بالكلية ، وحينئذ فلا حوالة أصلاً حتى يقال انقطعت، فاعلمه .

فإن كلام الرافعي وكلام « الروضة » يقتضيان خلاف الصواب ، وفائدة ما ذكرناه البناء على الحول في الزكاة .

قوله : ولو كان للسيد على مكاتبه دين معاملة فأحال عليه هل يصح ؟ قال في « التتمة » : يبنى على أنه لو عجز نفسه هل يسقط ذلك الدين ؟ . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

والأصح هو الصحة ، كذا صححه في « الروضة » .

قوله : ومما يدخل في هذا القسم الجعل في الجعالة ، والقياس أن يجيء في الجعالة به ، وعليه الخلاف المذكور في الرهن به ، وفي ضمانه .

والذي أجاب به أبو سعيد المتولى : تجويز الحوالة به وعليه بعد العمل ، ومنعهما قبله . انتهى كلامه .

واعلم أن الخلاف الذي ذكره الرافعي في الضمان والرهن ، محله بعد الشروع وقبل الفراغ ، والأصح فيه عدم الصحة ، فإن كان قبل الشروع لم يصح جزمًا ، وإن كان بعد الفراغ صح جزمًا ، ومراد المتولي بما بعد العمل هو الفراغ .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » قد قال : قلت : قطع الماوردي بالمنع مطلقًا والله أعلم .

وما ذكره يقتضي إما المنع بعد العمل عند الماوردي وهذا لا يمكن ، وإما أن يكون قد اعتقد أن المتولي أجاب بعد الشروع ، وليس كذلك .

الأمر الثاني : أن هذا التخريج الذي ذكره الرافعي، قد رده في «المطلب» فقال : الحق المنع ،لأن الجعل إنما يثبت بعد الفراغ من العمل ، والحوالة إما معاوضة وإما استيفاء، وكلاهما لابد أن يعتمد ثانيًا ، والدين لم يثبت بعد ، وخالف الضمان والرهن لأنه وثيقة والتوثيق يقصد عند وجود السبب الملزم لتحصل النقدية عند الاستحقاق ، ولهذا جوز مقرونًا بأحد شقي العقد كما إذا اشتريت منك كذا بكذا، ورهنتك هذا ثمنه .

قوله نقلاً عن « التتمة » : ولو أحال من عليه الزكاة الساعي على إنسان جاز ، إن قلنا : الحوالة استيفاء .

وإن قلنا : اعتياض ، لم يجز لامتناع أخذ العوض عن الزكاة . انتهى

كلامه .

لم يبين هو ولا النووي ولا ابن الرفعة صورة المسألة ويتعين تصويرها بما إذا تلف النصاب بعد التمكن ، فإن كان باقيًا فلا دين حتي يحال به ، لأن الزكاة تجب في العين .

قوله : القسم الثاني : الدين اللازم فيجوز الحوالة به وعليه ... إلي آخره .

واعلم أن الرافعي قد ذكر قبيل هذه المسألة وبعدها في الكلام على ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن : أنه لا يكفي لصحة الحوالة لزوم الدين ، بل لابد فيه من الاستقرار ، لأن دين المسلم لازم ، مع أن أصح الأوجه أنه لا تصح الحوالة به ، ولا عليه .

واستدركه أيضًا في « الروضة » هنا ، وما أطلقناه من اشتراط الاستقرار لا يستقيم ، لأن الأجرة قبل الدخول والموت ، والثمن قبل قبض المبيع ونحو ذلك غير مستقرة .

كما صرحوا به ، فالأول في الزكاة ، والثاني في الصداق ، والثالث في هذا الباب .

ومع ذلك تصح الحوالة بها وعليها عندهم، حتي قال في « المطلب » : إنه لا شك فيه ، وصار ضرر هذه الزيادة أكثر من نفعها .

نعم يكفي في إخراج السلم أن يقال : يصح الاستبدال عنه ، أو يقال: لا يتطرق إليه السقوط بتعذره في نفسه ، وعبر في « الكفاية » بالأول ، وفي « المطلب » بالثاني .

قوله في أصل « الروضة » : الشرط الثالث : اتفاق الدينين ، فيشترط اتفاقهما جنسًا وقدرًا وحلولاً وتأجيلاً وصحة وتكسيرًا وجودة ورداءة ، وفي وجه تجوز الحوالة بالقليل على الكثير ، وبالصحيح على المكسر

وبالجيد على الرديء ، وبالمؤجل على الحال ، وبالأبعد أجلاً على الأقرب ، وكأنه تبرع بالزيادة . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره من حكاية هذا الوجه من جواز الحوالة بالصحيح على المكسر ، وبالجيد على الرديء غلط على العكس [مما ذكره الرافعي ، فإنه قال : الثالثة في اشتراط تساويهما في الحلول والتأجيل] (١) وجهان :

أصحهما : الاشتراط .

والثاني : يجوز أن يحيل بالمؤجل على الحال أن للمحيل أن يعجل ما عليه ، فإذا حال به على الحال فقد عجل ، ولا يجوز أن يحيل بالحال على المؤجل .

ثم قال : ولو كان لأحدهما صحيحًا والآخر مكسرًا ،فلا حوالة بينهما على الوجه الأول ، وعلى الثاني يحال بالمكسر على الصحيح ، ويكون المحيل متبرعًا بصفة الصحة ، ولا يحال بالصحيح على المكسر ، ولا كان المحتال تاركًا لصفة الصحة ، ويخرج على هذا حوالة الأردأ على الأجود .

هذا كلامه وتعليله ، فانعكس على النووي في بعض الأمثلة دون بعض ، وذكر التعليل على حاله .

الأمر الثاني : أن الإمام والغزالي قد حكيا وجهًا ثالثًا .

أنه يجوز أخذه عنه ، وأشار الرافعي لهذا الوجه ، وحذفه النووي فلم يذكره في « الروضة » .

قوله : ولو صالح مع أجنبي عن دين على عين ، ثم جحد الأجنبي وحلف ، فهل يعود إلى من كان عليه الدين ؟

---

(١) سقط من أ .

قال القاضي حسين : نعم ، ويفسخ الصلح وعن حكاية الشيخ أبي عاصم : أنه لا يعود . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح هو قول القاضي ، كذا قال في « الروضة » .

الثاني : أن صورة هذه المسألة أن يصالح لقطع النزاع .

وإن كان المدعى عليه منكرًا إذا اعترف الأجنبي .

وإن صالح لنفسه فهو ابتياع الدين من غير من عليه .

والأصح عند الرافعي وعند النووي في بعض كتبه : أنه لا يصح كما سبق بيانه في البيع .

قوله : ولو أحال المشتري البائع بالثمن على رجل ، ثم اطلع على عيب قديم بالعبد فرده ، ففي بطلان الحوالة طرق :

أحدها : قولان : أظهرهما عند ابن كج والغزالي وغيرهما :البطلان ، وهما مبنيان على أنهما بيع أو استيفاء ، إن قلنا : استيفاء بطلت أو بيع فلا .

والطريق الثاني : القطع بالبطلان ، وبه قال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وابن أبي سلمة .

والثالث : عكسه ، وبه قال صاحب « الإفصاح » . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح من الطرق هي طريقة القولين، على خلاف ما يشعر به كلامه هنا ، فقد صححها في « الشرح الصغير » وجزم بها في «المحرر » وتبعه عليه النووي في « المنهاج » ، ولم يصحح في « الروضة » شيئًا من هذه الطرق، ولا حكى أيضًا ترجيحًا عن غيره كما حكاه هنا .

الأمر الثاني : أن الراجح في المسألة من حيث هو لا يؤخذ من كلامه هنا ، فإنه نقل ترجيح أحد القولين تفريعًا على طريقة لم يصححها وهي

طريقة إثبات القولين ، ثم إنه أيضًا عارض ظاهر ذلك الترجيح بظاهر مقتضى البناء ، فإن مقتضاه عدم البطلان ، فقد صحح في « الشرح الصغير» و « المحرر » ، والنووي في « زياداته » فقال : قلت : المذهب البطلان . وصححه في « المحرر » والله أعلم .

وحاصله أنه في « الروضة » بين الأصح في المسألة ، ولم يبين الأصح من الطرق ، وكثيرًا ما يفعل ذلك .

قوله في « الروضة » : فرع : قال ابن الحداد : إذا أحالها بصداقها ، ثم طلقها قبل الدخول لم تبطل الحوالة ، وللزوج مطالبتها بنصف المهر ، قال من شرح كتابه : المسألة تترتب على ما إذا أحال المشتري البائع ، فإن لم تبطل هناك فهنا أولى ، وإلا ففي بطلانها في نصف الصداق وجهان .

والفرق : أن البطلان سبب حادث لا يستند إلى ما تقدم بخلاف الفسخ، ولأن الصداق أثبت من غيره ، ولو أحالها ثم انفسخ النكاح بردتها أو بفسخ أحدهما بعيب ، لم تبطل الحوالة على الأصح أيضًا ، ويرجع الزوج عليها في صورة البطلان بنصف الصداق وبجميعه في الردة والفسخ ، وإذا قلنا بالبطلان فليس له مطالبة المحال عليه ، ويطالب الزوج بالنصف في الطلاق . انتهى كلامه .

وتعبيره في آخر كلامه بقوله : (فليس له) غلط وصوابه « فليس لها» أي للمرأة ، وأيضًا فقوله : قبله على الأصح أيضًا إنما يستقيم التعبير بلفظة أيضًا ، وكلام الرافعي في الموضعين على الصواب ، فإنه جمع المسألتين ، وصحح فيهما معًا ، وعبر بقوله : (فليس لها) فاعلمه .

قوله : صورة المسألة أن يبيع عبدًا ، ويحيل غريمه بالثمن على المشتري ، ثم يتصادق المتبايعان على جزء الأصل ، فإن وافقهما المحتال أو قامت بينة إما بإقامة العبد أو بأن شهدت حسبة بطلت الحوالة .

ثم قال بعد ذلك : قال صاحب « التهذيب » : ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان لأنهما كذباها بالدخول في البيع وكذلك ذكره القاضي الروياني انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما نقله هنا عن البغوي والروياني ، قد قال به أيضًا البندنيجي وابن الصباغ ، وهو الموافق لقاعدة ذكرها الإمام في الضمان ، وهو أن من أقدم على عقد كان في ضمنه الاعتراف ، بوجود شرائطه حتي لا يسمع منه خلاف ذلك ، وجزم به أيضًا الرافعي في « الشرح الصغير » ، وكذلك النووي في « الروضة » لعدم وقوفهما هنا على [خلافه][(١)] ، وذكر هنا بعده ما يوافقه أيضًا كما ستعرفه ، والصحيح المنصوص في «الأم» خلافه .

وممن قال به أيضًا الروياني على خلاف ما قاله هنا، وقد ذكر الرافعي ذلك في آخر كتاب الدعاوى قبيل باب دعوي النسب بنحو ورقة فقال : فيما جمع من فتاوي القفال وغيره : أنه لو باع دارًا أو ادعى أنها وقف أن العراقيين قالوا : تسمع بينته إذا لم يكن صرح بأنها ملكه ، بل اقتصر على البيع ، وأن الروياني قال : إذا باع شيئًا ، ثم قال : بعته وأنا لا أملكه ، ثم ملكته بالإرث، إن قال حين باع : هو ملكي لم تسمع دعواه ولا بينته.

وإن لم يقل ذلك بل اقتصر على قوله : بعتك ، سمعت دعواه ، فإن لم يكن له بينة حلف المشتري أنه باعه وهو ملكه .

قال : وقد نص عليه في « الأم » ، وغلط من قال غيره ، وكذا لو ادعى أن المبيع وقف عليه ، هذا كلام الرافعي ، وتبعه عليه في «الروضة»

---

(١) سقط من أ ، جـ .

[وهو صريح في مخالفة المذكور هنا وذكر في «الروضة»] [(١)] من « زوائده» في آخر الباب الثالث من أبواب الإقرار ما يوافقه أيضًا فقال: قال القاضي أبو الطيب في آخر الغصب : لو باع دارًا ثم ادعى أنها كانت لغيره باعها بغير إذنه ، وهي ملكه إلى الآن ، وكذبه المشتري ، وأراد أن يقيم بينة بذلك ، فإن قال : بعتك ملكي أو داري ، أو نحو ذلك مما يقتضي أنها ملكه لم تسمع دعواه ، وإلا سمعت . هذا كلامه .

الأمر الثاني : أن ما قاله في المتبايعين من كونه لا يتصور منهما إقامة هذه البينة ، إن عنى به أنه يستحيل منهما شرعًا طلب أداء الشهادة ، فهو محال ، بل طلبه جائز مثاب عليه لما يترتب عليه من الحرية ، وإن كان عاصيًا أو لا يبيعه .

وإن عنى به أنه يمنع صحة الشهادة ، فباطل أيضًا قطعًا ، لأن ما تسمع فيه شهادة الحسبة يكون وجود الدعوى فيه كعدمها ، وإن أراد أن المحال عليه إذا أراد أن يدفع عنه طلب المحتال بهذه البينة ، فإنه لا يقيده ، فإرادته به صحيحة ، غير أن هذا اللفظ لا اشعار له بذلك ، ثم إنه يبقي السؤال في جانب المحيل ، فيقال بأنه كيف يستحيل إقامة البينة على الحرية عند إنكار المشتري مع أنه لا يثبت له بإقامتها حقًا ، بل هو معترف للمحتال بأن حقه باقٍ عليه .

الأمر الثالث : أن ما قاله في المتبايعين بتقدير صحته باقي أيضًا في العبد ، لأنه إن لم يعترف بالرق حال البيع ، بل سكت فالقول قوله بلا بينة وهو واضح .

فإن اعترف بها كان مكذبًا لبنيته بالصريح ، وهو أقوي من التكذيب الموجود في المتبايعين ، وهو الدخول في البيع ، وما يتخيل من أن الحرية حق لله تعالى ، فتسمع فيها بينة العبد مع التكذيب ، فهو بعينه موجود في المتبايعين .

---

(١) سقط من جـ .

نعم تتصور المسألة بما إذا كان العبد صغيراً حال البيع ثم بلغ ، وادعى.

الأمر الرابع : إذا اعترف المتبايعان بالحرية عتق العبد من غير توقف على تصديق المحتال ، وحينئذ فلا تسمع دعوى العبد ولا بينته ، فكيف يأتي ما يقوله الرافعي ، وذكر ابن الرفعة في « الكفاية » هذا الإشكال ، ثم قال : ووقفت في تعليق القاضي أبي الطيب على تصوير المسألة بما إذا وقع التصادق بعد بيعه لآخر ، قال : فإن كان إطلاق الأصحاب محمول على هذه الصورة ، فقد اندفع الإشكال ، فإن العبد والحالة هذه لا يحكم بحريته.

قوله في المسألة : فإن نكل المحتال حلف المشتري ، ثم إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار بطلت الحوالة ، وإن جعلناها كالبينة فالحكم كما لو حلف، لأنه ليس للمشتري إقامة البينة . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن المشتري إنما يحلف إذا كان قد ادعى ذلك ، والمعنى الذي ذكره الرافعي في عدم قبوله البينة منه ، هو بعينه يأتي في الدعوى .

الثاني : وقد ذكره ابن الرفعة في « الكفاية » : أنا إذا قلنا بما قاله من أن المشتري ليس له إقامة البينة فينبغي أن لا يحلف إذا جعلنا اليمين المردودة كالبينة ،كما ذكره الأصحاب في غير هذا الموضع ، لأنه لا يترتب عليه فائدة ، فلا معنى له حينئذ ، والرافعي جازم بخلافه .

الثالث : أن دعواه أنا إذا جعلناها كالبينة تكون كما لو حلف ـ يعني المحتال ـ يظهر أنه سهو ، وأن صوابه كما لو لم يحلف ـ أي المشتري ـ على عكس ما قاله .

وذلك لأن المحتال والحالة هذه قد امتنع من اليمين المتوجهة عليه ، وتعذر ترتيب الحكم علي يمين المدعى ، فيجيء فيه الخلاف فيما إذا كان

الحق للمسلمين أو الفقراء ، أو غير ذلك من نظائره هل يحبس المدعى عليه أو يقضى عليه بالنكول ؟ وأما جعل يمين المشتري مغنية عن يمين المحتال والحالة هذه فلا يعقل .

قوله : وإن اتفقا على جريان لفظ الحوالة ، وقلت : أردت به التسلط بالوكالة ، وقال زيد : بل أردت حقيقة الحوالة فوجهان ، ذهب المزني وأكثر الأصحاب : إلي أن القول قولك مع يمينك .

ثم قال : وعن القاضي حسين القطع بتصديق زيد ، وحمل كلام المزني على ما إذا اختلفتما في أصل اللفظ . انتهى كلامه .

وما نقله عن القاضي من القطع وتأويل كلام المزني ، مخالف للمذكور في « تعليقه » ، فإن المذكور فيها تصحيح ذلك لا القطع .

قوله في المسألة : وموضع الوجهين ما إذا كان اللفظ الجاري بينكما : أحلتك بمائة على عمر ، فأما إذا قال : أحلتك بالمائة التى لك على بالمائة التى لي على عمرو ، فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة ، فالقول قول زيد بلا خلاف . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على دعوي نفي الخلاف في هذه الصورة وعبر بقوله : قطعًا ، وليس كما زعماه ، بل في « النهاية » : أن بعضهم جعل هذا وجهًا ثالثًا ، ثم خالفه الإمام ورأى الجزم بجعله حوالة .

قوله : التفريع إن جعلنا القول قولك فحلفت ، نظر إن قبض زيد ما على عمرو برئت ذمة عمرو لتسليمه ما عليه إلى الوكيل أو المحتال ، وحكي الإمام وجهًا ضعيفًا عن رواية صاحب « التقريب » : أنه لا يبرأ . انتهى كلامه .

وهذا الوجه الذي حكاه ، قد أنكر عليه في « المطلب » وقال : لم أرَ في كلام الإمام ما يدل عليه .

قوله : ومنها لك على رجلين مائة على كل واحد خمسون وكل واحد ضامن عن صاحبه ، فأحلت شخصًا عليهما ، على أن يأخذ المحتال من كل واحد الخمسين جاز ، ويبرأ كل واحد عما ضمن ، وإن أحلت عليهما بالمائة على أن يأخذها من أيهما شاء ، فعن ابن سريج فيه وجهان ، وجه المنع : أنه لم يكن له أولاً مطالبة واحد ، فلا يستفيد بالحوالة زيادة قدر وصفة . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أنه لم يصحح في « الروضة » شيئًا منهما أيضًا ، وقد صحح القاضي أبو الطيب المنع للتعليل المذكور ، لكن الأصح عند الشيخ أبي حامد : هو الجواز ، لأنه لا زيادة في القدر ولا في الصفة ، وصححه أيضًا الجرجاني ، وقال المحاملي والروياني : إنه الأشبه .

الثاني : أن تعبيره في أوائل المسألة بالخمسين أي بأل الدالة على العهد، وهي التي بطريق الأصالة ليس بشرط فتأمله .

وقد بقي قسم آخر ، وهو ما إذا أحال على بخمسين ، فهل ينصرف إلى الأصلية ، أو يوزع أو يكون كوفاء الدين حتى يرجع على المحيل فيما أراده ؟

فإن لم يرد شيئًا صرفه ببينته فيه نظر ، وفائدته فكاك الرهن الذي على أحدهما .

الثالث : أنه لا فرق بين أن يشترط مطالبة أيهما شاء أم لا ، كما أشار إليه القاضي أبو الطيب ، ولهذا صور المسألة بالإطلاق ، والرافعي مثل ذلك للاحتراز عما إذا شرط أن يأخذ من كل واحد خمسمائة .

كتاب الضمان

وفيه بابان :

الباب الأول
في أركانه

قوله : فأولها المضمون عنه ، وهو الأصل ، ولا يشترط رضاه لصحة [الضمان] (١) وفاقًا إذ يجوز أداء دين الغير بغير إذنه ، فالتزامه في الذمة أولي بالجواز . انتهى كلامه .

وما ذكره من الاتفاق على عدم اشتراط الرضي، ذكره أيضًا في «الشرح الصغير » و « المحرر » ، وتبعه عليه النووي في « الروضة » و« المنهاج» ، وسبب هذه الدعوي تقليد الإمام ، فإنه ادعى ذلك ، وليست الدعوى تصحيحه ، فقد حكى القاضي حسين في « تعليقه » وجهًا: أنه يشترط رضاه ، وبه قال أبو الحسن في شرح « المختصر » ، وممن نقل ذلك ابن الرفعة في « المطلب » .

قوله : ولو ضمن بغير رضى المضمون به ، وصححناه وقلنا : لا يرجع فهل يجب على المضمون له القبول ؟ قال الإمام : هو كما لو قال : أدِّ ديني، ولم يشترط الرجوع ، [وقلنا : إنه لا يرجع] (٢) .

وفي امتناع في هذه الحالة وجهان بناء على أن المؤدي يقع فداء أو موهوبًا ممن هو عليه ، إن قلنا بالثاني لم يكن له الامتناع . انتهى .

وهذا البناء الذي نقله عن الإمام ، وتابعه عليه في « الروضة » ليس مطابقًا لما في « النهاية » ، فإنه قال فيها ما نصه : إذا قال لغيره : أدِّ ديني

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من جـ .

وقلنا : لا يثبت الرجوع إذا لم يقيد ، ففي امتناع مستحق الدين عن القبول وجهان :

أحدهما : ليس له الامتناع ، وهو الأشهر ، فإن المؤدي مستناب من جهة الإذن ، وليس لمستحق [الدين] (١) تخير في عين المؤدى ، فالوجه يقع .

الثاني : له الإمتناع ، فإنه إذا كان لا يملك الرجوع فالمدفوع إلى مستحق الدين يقع فداءًا أو موهوبًا .

فإن كان فداءًا لم يلزمه القبول كما لو كان الأداء بغير إذنه ، وإن كان المؤدي في حكم الموهوب ممن عليه الدين فالهبة إنما يثبت الملك فيها بالقبض، ولمستحق الدين أن يقول : لست أحلت ملكًا لمن عليه الدين بيدي ، ولا يلزمني ذلك . هذا كلامه .

ومخالفته لما قاله الرافعي ظاهر ، ثم ذكر ـ أعني الإمام ـ بعده كلامًا آخر فقال : وإذا لم يبعد إلزامه تحصيل الملك للمؤدى عنه مع اقتراض عوضه باشتراط الرجوع لم يبعد الزامه قبض ما تقدر موهوبًا في حق المديون، وهذا أيضًا لا يحقق ما قاله الرافعي ، فإن غايته أنه ذكر بحثًا في اللزوم عن القول بأنه هبة يبعد أن جزم بعدمه تفريعًا عليه ، وجعل مستند اللزوم شيئًا آخر .

قوله : وأما اشتراط الغزالي أهلية التبرع ، فقصد بها التجوز عن المحجور عليه بالسفه ، ونحى فيه نحو الإمام حيث قال : المحجور عليه ، وإن كان تصح عبارته عند إذن وليه فضمانه مردود من قبل أن ينزع ، وتبرعات المبذر مردودة ، ولا يصح من الولي الإذن فيها .

واعلم أن كون الضمان تبرعًا ، إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع ، فأما

(١) في أ ، جـ: الإذن .

حين ثبت فإنه إقراض لا محض تبرع ، ويدل عليه نص الشافعي : على أنه إذا ضمن ـ أي في مرض موته ـ بإذن المديون حسب من رأس المال لما فيه من الرجوع وإلا فمن الثلث ، فإن أذن فيه الولي ـ أي في الضمان ـ فليكن كما لو أذن في البيع . انتهى كلامه .

وما قاله الإمام والغزالي هو الصواب ، واعتراض الرافعي عجيب .

فأما قوله : إن الضمان حيث يثبت الرجوع يكون قرضًا ، فليس كذلك، بل القرض إنما هو الأداء ، ألا تري أنه لا يثبت للضامن مطالبة المضمون عنه بمجرد الضمان ، فكيف يكون قرضًا ؟

وأما استدلاله بالنص المذكور فلا شاهد فيه له ، وذلك لأن تصرف المريض على كل حال صحيح ، فإذا ضمن وأدى ثم مات ، فإن كان ضمانه بغير إذن فحسابه من الثلث واضح ، وإن ضمن بلا إذن فقد تصرف تصرفًا صحيحًا آل إلي ثبوت عوض ، فلا سبيل إلى حسبانه من الثلث مع ثبوت البدل ، لكن هذا بشرط أن يجد الضامن مرجعًا كما نبه عليه هو ـ أعني الرافعي ـ في آخر الضمان ، قال : فإن لم يجد ذلك لموت الأصل معسرًا ، فهو محسوب من الثلث ، وسنذكر كلام الرافعي عقب هذه المسألة لمعنى يتعلق به .

وأما تخريجه الإذن في الضمان على الإذن في البيع الفاسد ، كما قاله النووي ، لأن البيع إنما صح على وجه ، لأنه لا يأذن إلا فيما فيه ربح أو مصلحة ، والضمان غرر كله ، وأيضًا فإنه قد يتلف ماله ويبقى المال في ذمته ، فيكون التزامًا لا في مقابله شيء .

وأيضًا فالولي ليس له أن يضمن في ذمة المحجور عليه ، فكيف يجوز أن يأذن فيه ؟، واعترض في « الروضة » أيضًا على كلام الرافعي ، فإنه لو سلم أنه كالقرض كان القرض تبرعًا ، فلا يصح إذن الولي فيه ، ولذلك

اعترض ابن الرفعة به أيضًا ، وما قالاه لا يرد ، لأن مراد الرافعي: أنه إذا كان كالقرض فحيث جاز للولي القرض، كان في تعاطي السفيه له بإذن وليه الخلاف في البيع ، وهو كلام صحيح، إلا أن الصواب أنه ليس كالقرض.

قوله في المسألة من « زوائده » : وأما ضمان المريض فقال صاحب «الحاوي » : هو معتبر من الثلث ،لأنه تبرع ، فإن كان عليه دين مستغرق فالضمان باطل ، وإن خرج بعضه من الثلث صح فيه ، فلو ضمن في مرضه ثم أقر بدين مستغرق قدم الدين ولا يؤثر بتأخير الإقرار به . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله الماوردي وارتضاه من كون ضمان المريض معتبرًا من الثلث مطلقًا ليس كذلك لما بينه في آخر الباب فقال تبعًا للرافعي : إن كان بحيث يثبت الرجوع ، ووجد الضامن مرجعًا فهو محسوب من رأس المال ، وإن تم الرجوع أو لم يجد مرجعًا لموت الأصل معسرًا فمن الثلث. هذا كلامه .

الأمر الثاني : أن جزمه ببطلان الضمان إذا كان عليه دين مستغرق مردود أيضًا ، بل القاعدة تقتضى صحته وتتوقف بتقيده على وقت الموت، فإن حصلت البراءة من الدين بمال آخر أو إجارة من المستحق استمرت صحته، وإلا حكمنا ببطلانه .

قوله : وإن اقتصر السيد على الإذن للعبد في الضمان، فوجهان : أحدهما : يكون في ذمته إلى أن يعتق .

ثم قال : وأظهرهما : أنه يتعلق بما يكسبه بعد الإذن ، كما لو أذن له في النكاح يتعلق باكتسابه . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على تعليقه بالأكساب الحاصلة بعد الإذن ، وقالوا في كتاب النكاح : إنه إذا أذن له في النكاح، تعلقت المؤن

بالأكساب الحاصلة بعد النكاح ، فاعتبروا هناك وقت وقوع المأذون فيه لا وقت الإذن حتي إذا حصل بين الإذن والنكاح كسب لا تتعلق به المؤن واعتبروا ، وأيضًا العكس ،مع أن الصورتين في المعنى على حد واحد فليسوى بنيهما .

قوله من « زوائدة » : قلت : لو ثبت على عبد دين بالمعاملة فضمنه سيده صح كالأجنبي . انتهى .

وهذه المسألة التي ذكرها على أنها من « زوائده » ، قد ذكرها الرافعي في آخر العاقلة في الكلام على جناية العبد ، وحكى فيها وجهًا أنه لا يصح مع مسائل أخرى ليست مذكورة هنا .

فقال : وهل يجوز ضمان أرش الجناية المتعلق بذمة العبد ؟ فيه **وجهان:**

أحدهما : لا لعدم استقراره في الحال .

وأصحهما : نعم كضمان المعسر ، وأولى لتوقع يساره وضمان ما يلزم من ذمته بدين المعاملة وأولى بالصحة ، ولا خلاف أنه يصح ضمان ما تعلق بكسبه كالمهر في نكاح صحيح ، ولو ضمنه السيد فمرتب على ضمان الأجنبي ، وأولى بالصحة لتعلقه بملكه . انتهى كلامه ، واللفظ «للروضة » .

والمسألة التى نقلنا هذه المسألة لأجلها هي المسألة الأخيرة ، ولا يصح عودها إلى المسألة التي قبلها ، وهو المهر ، لأنه قد جعل الخلاف مرتبًا على الخلاف ، والمهر ليس فيه خلاف .

قوله : الركن الرابع : المضمون ، ويشترط فيه ثلاث صفات : كونه ثابتًا، ولازمًا ، ومعلومًا . انتهى .

تابعه في « الروضة » على هذه الثلاث فقط ، مع أن له شرطًا رابعًا نبه

عليه الغزالي ، وهو أن يكون قابلاً لأن ينازع به الإنسان على غيره ، فخرج حق القصاص وحد القذف والأخذ بالشفعة .

قوله : وإذا ضمن ما لم يجب ، ولكن سحب ببيع أو قرض ونحوهما فالجديد : منعه ، وذكر الإمام أموراً مفرعة على القديم : إحداها : إذا قال : ضمنت لك ما يبيع من فلان ، فباع الشيء بعد الشيء كان ضامنًا للكل ، لأن (ما) من أدوات الشرط فتقتضي التعميم بخلاف ما إذا قال : إذا بعت من فلان فأنا ضامن ، لا يكون ضامنًا إلا لثمن ما باعه أولاً ، لأن ـ إذا ـ ليست من أدوات الشرط . انتهى كلامه .

وما ذكره من كون ما للشرط ، وإذا ليست للشرط قد تابعه عليه في «الروضة » ، وهو بالعكس ، لأن ما موصولة لا شرطية .

وأما (إذا) فقد صرح بشرطيتها في التعليقات .

قوله : وإذا قلنا بالجديد : وهو أنه لا يصح ضمان ما لم يجب فلو قال : أقرض فلانًا كذا وعلى ضمانه فأقرضه قال الروياني : المذهب أنه لا يجوز.

وعن ابن سريج تجويزه لأنه ضمان مقرون بالقرض . انتهى .

صرح في « الروضة » من الأصل بأن الصحيح المنع .

قوله : ولو ضمن نفقة اليوم للزوجة صح ، لأنها تجب بطلوع الشمس . انتهى كلامه .

وما ذكره من الوجوب بطلوع الشمس وجه ضعيف ، والمعروف أنها تجب بطلوع الفجر ، كما ذكره هو في كتاب النفقات ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى ، وقد أصلحه في « الروضة » فعبر بالفجر ، ولم ينبه على أنه من « زوائده » فتفطن له .

قوله : وإذا قلنا بالقديم :أنه يجوز ضمان نفقة المستقبل، فله شرطان :

أحدهما : أن يقدر مدة ، فإن أطلق لم يصح فيما بعد العد ، وفيه وجهان أخذًا من الخلاف فيما إذا قال : أجرتك كل شهر بدرهم ، ولم يقدر هل يصح في الشهر الأول ؟ انتهي كلامه .

تابعه في « الروضة » على إطلاق ذلك ، وهو إنما يستقيم إذا عبرنا بالأيام فقال مثلاً : ضمنت نفقة زوجتك كل يوم مستقبل، فإن قال : كل شهر ، فيكون الوجهان في الشهر الأول .

وإن قال : كل سنة ، فيكونان في السنة الأولى .

قوله : ولو ضمن عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبًا فرده ، أو بان فساد البيع بسبب غير الاستحقاق ، ففيه وجهان : وجه البطلان في فساد البيع إمكان الاستغناء عنه بحبس المبيع إلي استرداد الثمن ، قال في « التتمة » : المذهب منهما : أنه لا يصح ، لكن العراقيون أجابوا بالصحة ورووه عن ابن سريج ، ونفى صاحب « البيان » الخلاف فيه .

فإن قلنا بالصحة إذا ضمن صريحًا ، فقد حكى الإمام والغزالي وجهين في اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره ها هنا من أن المشتري شراءًا فاسدًا يحبس المبيع لأجل الثمن ليس هو الصحيح ، فقد تقدم في البيوع المنهي عنها ما يناقضه، وأن الأصح عدم الحبس .

الأمر الثاني : أن الراجح من الوجهين الأخيرين عدم الدخول ، كذا رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : إنه أقرب الوجهين ، وقال في « الروضة » من « زياداته » بعد هذا بقليل : إنه الأصح ، فإن الرافعي قال هناك : ونحن نجمع ما يطالب به ضامن العهدة في فصل .

ثم ذكر هذا الفصل ، وذكر هذه المسألة ، فلما انتهى إليها النووي صحح عدم المطالبة كما قلناه ، ولم يصححه في هذا الموضع ، بل حكي وجهين ، فافهم ذلك فإنه قد يلبس .

ورجحه أيضًا في « الكفاية » فقال : إن الأكثرين عليه .

قوله : قال في « الصحاح » : العهدة الرجعية ، يقال [أبيعك] (١) [الملس] (٢) لا عهدة أي ينملس وينفلت فلا يرجع إلى . انتهى .

وقد بين الجوهري هذه في باب السين فقال : وناقة ملسى مثل جفلى أى تَمَلَّس وتمضي لا يعلق بها شيء من سرعتها .

ويقال في البيع مَلَس لا عهدة ، أي قد انملس من الأجر لا له ولا عليه، ثم ذكر أيضًا الكلام الذي نقله الرافعي عنه .

قوله : وأصح الوجهين ، وبه قطع بعضهم : جواز ضمان الثمن في مدة الخيار ، لأنه ينتهي إلى اللزوم ، ثم قال بعد ذلك : والخلاف على ما ذكره صاحب « التتمة » : مفروض فيما إذا كان الخيار للمشتري أولهما .

أما إذا كان الخيار للبائع وحده صح ضمانه بلا خلاف ، لأن الدين لازم في حق من عليه . انتهى كلامه .

واعلم أنه قد تقدم في البيع في الكلام على أقوال الملك في زمن الخيار أن الثمن والمبيع لا يجتمعان في ملك شخص واحد ، بل حيث قلنا : إن الملك في المبيع للمشتري ، فالثمن للبائع ، وإن قلنا : للبائع فالثمن للمشتري ، وإن قلنا : موقوف فموقوف .

وتقدم أيضًا أن هذه الأقوال الثلاثة جارية ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، إلا أن الصحيح أنه إذا كان الخيار لأحدهما كان الملك له .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في جـ : الشيء .

وقيل : محل الخلاف إذا كان لهما ، فإن كان لأحدهما فالملك له قطعًا، وعلى هذا فإذا كان الخيار للبائع كان الملك في المبيع له ، إما بلا خلاف وإما على الصحيح ، وحينئذ فلا ثمن على المشتري بلا خلاف أو على الصحيح فضلاً عن كونه لازمًا ، فكيف يتصور أن يقال فيه بصحة الضمان بلا خلاف مع حكاية الخلاف في عكسه ؟ إلا أن النقل في«التتمة» كما قاله الرافعي .

[قوله :] [1] الثاني : هل الإبراء محض إسقاط كالإعتاق أو هو تمليك المديون ما في ذمته ، ثم إذا ملكه سقط وفيه رأيان ، إن قلنا : إسقاط : صح الإبراء عن المجهول ، وإن قلنا : تمليك ، لم يصح ، وهو ظاهر المذهب .

وحاصل هذا أن الأظهر أنه تمليك ، لأنه إن كان الأظهر عائدًا عليه وهو ما يقتضيه سياق الكلام فواضح ، وإن كان عائدًا إلى الإبراء فهو لازم أيضًا، لأن جعله لازمًا عن القول بالتمليك ، فيلزم من ترجيحه ترجيح الأول ، ثم ذكر في « الشرح الصغير » ما يخالفه ، فقال في أوائل الوكالة قبل الركن الثاني بقليل ما نصه : وهل يشترط في الإبراء علم من عليه الحق؟ ينبني ذلك على أن الإبراء محض إسقاط أو هو تمليك من عليه الحق، ثم إنه يسقط إن قلنا بالأول لم يشترط علمه وهو الظاهر ، وإن قلنا بالثاني فلا بد من علمه . انتهى .

ولم يصرح في « الكبير » هناك بتصحيح ، وقد اختلف كلام النووي أيضًا ،فإنه صحح في أصل « الروضة » من الوكالة ما يوافق « الشرح الصغير » مع ذكره للمسألة هنا كما ذكرها الرافعي ، فوق في الاختلاف ، وقال في باب الرجعة من « زياداته » : المختار : أنه لا يطلق ترجيح واحد من القولين ، وإنما يختلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل أحد

---

(١) سقط من أ .

الطرفين .

قوله : ومنها لو كان لأبيه دين على إنسان فأبرأه ، وهو لا يعلم موت مورثه ، إن قلنا : إنه إسقاط صح ، كما لو قال لعبد أبيه : أعتقتك ، وهو لا يعلم موت الأب ، وإن قلنا : تمليك فهو كما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي وهو ميت . انتهى كلامه .

وما ذكره من أن العتق لا يخرج على القولين في البيع لكونه إسقاطًا، تبعه عليه في « الروضة » ، وذكر في كتاب النكاح في أوائل نكاح المشركات ما يوافقه .

وخالفه في البيع كما تقدم هناك مبسوطًا فراجعه .

قوله أيضًا : ومنها : أنه لا يحتاج إلى القبول ، إن جعلناه إسقاطًا ، وكذا إن جعلناه تمليكًا في ظاهر المذهب .

ثم قال : فإن لم نعتبر القبول ففي ارتداده بالرد وجهان انتهى .

والأصح عدم الرد كما قاله في « الروضة » .

قوله : ولو قال : ضمنت مالك على فلان من درهم إلى عشرة ، ففيه قولان على ما رواه صاحب الكتاب والصيدلاني ، ووجهان على ما رواه الإمام وآخرون :

أظهرهما : الصحة . انتهى .

جزم في « المحرر » بأن الخلاف وجهان ، وصححه النووي في «الروضة » ، ورجح في « الشرح الصغير » عكسه ، فقال : فيه قولان ، ويقال : وجهان . هذا لفظه .

قوله : وإذا قلنا بالصحة فقيل : لزمه عشرة ادخالاً للطرفين ، وهو الأصح في « التهذيب » .

وقيل : ثمانية إخراجًا لهما ، وقيل : تسعة إدخالاً للأول . انتهى ملخصًا .

وهذه الأوجه ذكرها أيضًا في نظيره من الإقرار ، ونقل ما نقله عن «التهذيب» ، ثم نقل عن الشيخ أبي حامد والعراقيين والغزالي ، أن الأصح أنه يكون مقرًا بتسعة .

ونظير المسألة أيضًا في الطلاق ، أن يقول : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث ، وفيه الأوجه المذكورة ، وهى طلقة وطلقتان أو ثلاث ، كذا حكاه الرافعي ، ونقل عن البغوي تصحيح وقوع الثلاث وفاء ببقاء عدته ، ولم يذكر في « المحرر » مسألة الطلاق ، وصحح في هذا الباب لزوم العشرة ، وعبر بالأصح .

وصحح في الإقرار لزوم القسمة ، وعبر بالأظهر ، وكأنه لما لم يجد التصحيح هنا إلا البغوي، صرح به فوقع في الاختلاف ، وقد صرح به أيضًا النووي في أصل « الروضة » من غير نقله عن صاحب « التهذيب »، ثم استدرك عليه وقال : إن الأصح لزوم تسعة ، قال : وسنوضحه في الإقرار، وهو اختصار عجيب .

لا جرم أن الرافعي في « الشرح الصغير » لم يصحح في هذا الباب شيئًا ، ولا نقله عن أحد ، بل أحاله على الإقرار .

ومن نظائر المسألة ما إذا قال : أعطوه من واحد إلى عشرة .

وقد ذكرها الرافعي في كتاب الوصية فقال ما نصه : فعلى الأوجه المذكورة في الإقرار .

وحكى الأستاذ أبو منصور عن بعض الأصحاب: أنه إن أراد الحساب فللموصى له خمسة وخمسون، لأن الحاصل من جمع واحد إلى عشرة

على توالي العدد ، وإن لم يرد الحساب فله المتيقن وهو ثمانية ، ولا شك في اطراد هذا في الإقرار . هذا كلام الرافعي .

والذي قاله هذا القائل الأخير متعين ، ولا يمكن أن يكون وجهًا آخر كما يوهمه كلام الرافعي ، فإنه إذا علم بإخباره أو بغيره أن مراده الواحد والاثنان والثلاثة . . . إلي آخرها ، لزمه المجموع قطعًا فاعلمه ، وقد تحصل مما نقله الرافعي في الإقرار أن الأكثرين على إدخال الأول دون الأخير فليكن كذلك هذا ، وفي الطلاق فاعلمه .

قوله : ولو قال : ضمنت لك الدراهم التي لك على فلان ، وهو لا يعرف مبلغها فهل : يصح في ثلاثة لدخولها في اللفظ على كل حال؟ فيه وجهان كما لو قال : أجرتك كل شهر بدرهم هل يصح في الشهر الأول ؟.

وهذه المسائل بعينها جارية في الإبراء . انتهى .

ومقتضى هذا أن الراجح صحة الإبراء في المتيقن ، لأن المرجح في الشهر الأول أنه لا يصح ، ثم ذكر ما يخالفه في الصداق في أوائل الباب الثالث في التفويض ، فإنه رجح الصحة في الثلاث على تفريق الصفقة ، والراجح التفريق فيكون الأصح فيها الصحة ، وسأذكر لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى ، ولا ذكر للمسألة في « الشرح الصغير » .

قوله : فرع : يصح ضمان الزكاة على من هي عليه على الصحيح ، وقيل : لا ، لأنها حق لله تعالى ، فعلى الصحيح يعتبر الإذن عند الأذى على الأصح . انتهى .

وصورة المسألة في الضمان عن الحي ، أما عن الميت فيجوز أداء الزكوات والكفارات عنه على الأصح المنصوص ، وإن انتفى الإذن كما ذكره في كتاب الوصية ، ولا فرق هناك بين أن يسبقه ضمان أم لا .

واعلم أن الزكاة إن كانت في الذمة فواضح ، وإن كانت في العين فتظهر صحتها أيضًا كما أطلقوه في العين المغصوبة .

قوله : وإذا تلفت العين التي تكفل بردها ، وقلنا بوجوب قيمتها ، فهل يجب اقتضاء قيمتها إن كانت مغصوبة ، أم قيمة يوم التلف ، لأن الكفيل لم يكن متعديًا ؟ فيه وجهان . انتهى .

قال في « الروضة » : الثاني أقوى ، ولم يتعرض للمسألة في «الشرح الصغير » ولا في « المحرر » .

قوله : ومنها الميت قد يستحق إحضاره ليقيم الشهود الشهادة على صورته إذا تحملوها كذلك ، ولم يعرفوا اسمه ونسبه وإذا كان كذلك صحت الكفالة ببدنه . انتهى كلامه .

وما ذكره من صحة الكفالة ببدن الميت ، قد صرح به أيضًا بعد ذلك في الكلام على ما إذا مات المكفول به ، لكنهم قد ذكروا أن شرط صحة الكفالة إذن المكفول به،أو من يقوم مقامه كولي الصبي والمجنون ، وقياسه اشتراط إذن الوارث في مسألتنا ، وقد أبداه في « المطلب » بحثًا، فقال : الظاهر اشتراطه ، وسكت عن من يعتبر إذنه ، والظاهر أنه جميع الورثة .

قوله : ومنها قال الإمام : لو تكفل رجل ببغداد رجلاً بالبصرة ، فالكفالة باطلة ، لأن من بالبصرة لا يلزمه الحضور بغداد في الخصومات ، والكفيل فرع المكفول بدنه ، فإذا لم يجب عليه الحضور لا يمكن إيجاب الاحضار على الكفيل . انتهى كلامه .

وهذا الذي قاله الإمام إنما هو تفريع على أن المكفول ببدنه لا يلزمه إحضاره من مسافة القصر ، والصحيح خلافه ، فيكون الصحيح في مسألتنا خلاف ما قاله الإمام ، كذا نبه عليه الرافعي بعد هذا بنحو ورقتين فاعلمه .

وقد نقله في « الروضة » إلي هذا الموضع .

قوله : لو مات المكفول به ، لم يطالب الكفيل بمال في أصح الوجهين ، فإن قلنا : يطالب ، فهل يطالب بالدين أو الأقل من الدين ودية المكفول به ؟ فيه وجهان بناء على القولين في أن السيد يفدى الجاني بالأرش ، أم بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد ؟ انتهى .

قال في « الروضة » : المختار المطالبة بالدين ، فإن الدية غير مستحقة بخلاف قيمة العبد .

قوله من « زياداته » : ولو مات المكفول له بقي الحق لوارثه ، فإن كان له غرماء وورثه وأوصي إلى زيد بإخراج ثلثه ، لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والموصى فلو سلم إلى الورثة والغرماء والموصى لهم دون الموصى ، ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج والله أعلم .

وما ذكره ها هنا في البراءة من الدين عند اجتماع المذكورين قد ذكره في آخر كتاب الكتابة مبسوطًا ، ومخالفًا أيضًا للمذكور هنا .

قوله : ولو قال : دين فلان إلى ، ففي كونه صريحًا وجهان .

قال في « الروضة » : أقواهما : عدم الصراحة ، ولم يذكرها في «المحرر » ولا في « الشرح الصغير » .

قوله : ضمن عن رجل ألفًا ، وشرط للمضمون له أن يعطيه كل شهر درهمًا ولا يحبسه من الضمان ، فالشرط باطل وفي بطلان الضمان وجهان. انتهى .

والأصح البطلان ، كذا صححه في « الروضة » .

قوله : ولو ضمن دينًا أو كفل ببدن إنسان ، ثم ادعى أنه كفل ولاحق عن المضمون عنه أو المكفول ببدنه ، فالقول قول المكفول له ، لأن الضمان والكفالة لا تكون إلا بعد ثبوت الحق . انتهى كلامه .

وليس المراد بالثبوت هنا هو الثبوت عند الحكم ولا الشهادة عليه بذلك ولا اعترافه به ، فإن الثبوت بهذا المعنى لا يشترط على الصحيح كما سبق في أوائل الكلام على الكفالة ، بل المراد هو التحقيق والوجوب عليه ، سواء كان معترفًا به أم لا ، ويدل عليه أن صورة المسألة التي ذكر فيها هذا التعليل أن يدعي أنه كفله ولا حق عليه ، والكفالة في هذه الصورة لا تصح بلا خلاف إذا وافقه المكفول له على ذلك ، ولهذا لم يذكر في «الروضة » هذا التعليل ، بل اقتصر علي صورة المسألة .

الباب الثاني
فيما يترتب على الضمان الصحيح

قوله : أصل مسائل الفصل وجهان خرجهما ابن سريج في أن مجرد الضمان هل يثبت حقًا للضامن على الأصل ويوجب علقة بينهما أو لا ؟ ، ففي وجه يوجب لأنه اشتغلت ذمته بالحق ، كما ضمن فيثبت له عوضه على الأصيل ، وفي وجه لا لأنه لا يفوت عليه قبل الغرم شيء فلا يثبت له شيء إلا بالغرم .

إذا عرفت هذا فلو طالب المضمون له الضامن بأداء المال ، كان له إذا ضمن بالإذن أن يطالب الأصيل بتخليصه ، وذلك بأن يؤدي ما عليه فيبرأ الضامن ، وهل يطالب بالتخليص قبل أن يطالب ؟ فيه وجهان : أصحهما : لا .

ثم قال : وينبنى على الأصل السابق أنه هل يتمكن الضامن من تغريم الأصل قبل أن يغرم ؟ إن أثبتنا له حقًا على الأصيل بمجرد الضمان فله أخذه ، وإلا فلا .

ومنها أن الضامن هل يحبس الأصيل إذا حبس ؟ إن أثبتنا العلقة حبسه وإلا فلا ، وهو الأصح . انتهى ملخصًا .

وما ذكره في آخر كلامه من تقييد محل الخلاف بما إذا حبس الضامن، قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » ، وهو غير مستقيم، لأن القائل بثبوت المال عليه بمجرد الضمان كيف يتصور أن يمنع من حبسه عليه ؟ ، ويدل عليه جواز تغريمه قبل أن يغرم ، كما سبق من كلام الرافعي ، فالصواب ما قاله في « المطلب » : أنه لا يشترط .

واعلم أن تصحيح المطالبة بالخلاص مع تصحيح عدم الحبس كالمتنافي، لأنه إذا علم أنه لا يحبس لم يبال بالمطالبة بالخلاص ، فلا يبقى لها كثير فائدة ، حتى قال في « المطلب » : إنه لا يرسم عليه أيضًا ، والمتجه عند من أثبت له حق المطالبة بالخلاص : أن يجوز حبسه عند امتناعه من هذا الحق.

قوله : ولو ضمن بغير إذن وأدى بإذن ، فأصح الوجهين: أنه لا يرجع ، فلو أذن في الأداء والحالة هذه شرط الرجوع ، ففي الرجوع احتمالان للإمام في « الروضة » فقال : الأصح أنه يرجع .

وهذه المسألة قد ذكرها الماوردي ، وجزم بالرجوع ، لكنه صور المسألة بما إذا قال : أدِّ عني ما ضمنته ليرجع به عليه أعني بزيادة قوله : (عني) ـ والظاهر أن هذه الزيادة ليست للتقييد ويتجه أن يقال في أصل « الروضة »: إنه إن أدى لأجل الضمان لم يرجع ، وإن أدي لأجل الأذن رجع .

وهو نظير ما قاله بعضهم في العبادة المكره عليها إن أتي بها لداعي الإكراه لم تصح أو لداعي الشرع صحت ، ولم يذكر المسألة في « المحرر »، ولا في «الشرح الصغير » .

قوله : فإن كان ما دفعه إلى رب الدين من جنس الدين وعلى صفته رجع به . انتهى .

ومقتضاه أنه يرد المثل في المتقدم أيضًا ، وهو كذلك .

فاعلمه ، فقد صرح الرافعي بعد هذا بأن الأداء في ضمنه إقراض المؤدى عنه ، والصحيح في القرض رد المثل ، وذكره الإمام هنا بحثًا فقال: لا يمنع تخريجه عليه ، كذا نقله عنه الرافعي في الكلام على ضمان المجهول ، وقد صرح ـ أعني الإمام ـ بحكاية ذلك عن رواية القاضي في أوائل السلم .

قوله : وصيرورة الدين ميراثًا للضامن ، كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه . هذا لفظ الرافعي بحروفه .

وتابعه عليه في « الروضة » ، وأشار بقوله : في ثبوت الرجوع إلى الضمان بالإذن ، وبقوله : وعدمه إلى الضمان بغير الإذن .

وما قاله في هذا الموضع غلط ، وذلك لأن الضامن إذا ورث الدين الذي ضمنه فلا شك أن ذمته تبرأ من الضمان ، لأنه يستحيل أن يكون ضامنًا لنفسه .

وأما ما في ذمة الذي كان قد ضمنه وانتقل إليه بالإرث فباقٍ بلا شك، لأنه لم يوجد شيء مما يقتضي إسقاطه من أداء أو إكراه ، وغير ذلك ، ولم يوجد سوي براءة ذمة الكفيل لمانع شرعي من بقاء الضمان ، ولا يلزم من براءة ذمة الكفيل براءة ذمة الأصيل ، وحينئذ فتثبت له مطالبته ، وإن ضمنه لغير الأذن فلا يتصور ما قاله الرافعي من عدم الأخذ من المضمون عنه ، المعبر عنه بعدم الرجوع إذا ضمن بالإذن ، لأن الرجوع عليه إنما يكون على تقدير أن يكون قد أبرأ ذمته بما أعطاه ، وها هنا ليس كذلك كما قلناه غير أن الضامن من قد ورثه فيطالبه به لكونه وارث صاحب الدين.

قوله : ولو قال المضمون له : بعتك هذا العبد بما ضمنته لك على فلان، ففي صحة البيع وجهان حكاهما الأستاذ أبو منصور ، فإن صححنا فهل يرجع بما ضمنه أم بالأقل مما ضمنه من قيمة العبد ؟ قال : فيه وجهان . انتهى .

قال في « الروضة » : المختار صحة البيع ، وأنه يرجع بما ضمنه ، ولا ذكر للمسألة في « الشرح الصغير » ولا في « المحرر » .

قوله : ولو ضمن ذمي لذمي دينًا على مسلم ، ثم تصالحا على خمر فهل يبرأ المسلم ؟ فيه وجهان .

فإن قلنا : يبرأ ففي رجوع الضامن وجهان . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح أنه لا يبرأ أو لا يرجع ، ولم يتعرض للمسألة في « الشرح الصغير » ولا في « المحرر » أيضًا .

قوله في « الروضة » : وليست كما لو قال : أدِّ دين فلان ، حيث لا يرجع قطعًا على الآمر ، لأن الحق لم يتعلق بذمته . انتهى .

وما ادعاه من نفي الخلاف قلد فيه الغزالي في « الوسيط » ، فإنه عبر أيضًا بقوله : قطعًا .

وليس كذلك ، فقد حكى في « البحر » في المسألة وجهين ونقلهما عنه أيضًا في « المطلب » .

قوله : ولو أشهد ـ يعني الضامن ـ على الآداء واحدًا اعتمادًا على أن يحلف معه فوجهان :

أصحهما : أنه يكفي لأن الشاهد مع اليمين حجة كافية لإثبات الحق .

والثاني : لا ، لأنهما قد يترافعان إلى حنفي بشاهد ويمين . انتهى كلامه.

وصورة محل الخلاف أن يموت الشاهد أو يغيب ، فإن كان حاضرا وشهد وحلف معه الضامن ، فإنه يرجع وجهًا واحدًا ، كذا نقله في «الكفاية» عن القاضي والبندنيجي وكذلك المتولي .

وألحق بحال موته ما إذا رفعت الخصومة إلى من لا يرى القضاء بالشاهد واليمين .

[قوله] (١) ولو قال الضامن : من أشهدت وماتوا وأنكر الأصيل الإشهاد ، فأصح الوجهين أن القول قول الأصيل ، ولا رجوع لأن الأصل عدم الإشهاد ، ولو قال الشاهدان : لا ندري ، وربما نسينا ففيه تردد للإمام .

---

(١) سقط من أ .

انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على حكاية هذا التردد من غير ترجيح والإمام بعد حكايته له رجح عدم الرجوع ، وجعله أولى بذلك من دعواه ، موت الشهود .

قوله : وإذا أخذ المال من الكفيل مرة ثانية لإنكار رب المال ، فهل يرجع بالمغروم أولاً ، لأنه مظلوم بالثاني أم يرجع بالثاني لأنه المسقط للمطالبة ؟ فيه وجهان :

قال في « الروضة » : ينبغي أن يرجع بأقلهما ، لأنه إن كان الأول فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني ، وإن كان الثاني فهو المبريء ، ولأن الأصل من الزائد . والله أعلم .

وما ذكره النووي بحثًا وأشعر كلامه بعدم الوقوف عليه ، قد سبقه إليه ابن الصباغ في «الشامل» فقال بعد حكاية الوجهين : وينبغي عندي أن يرجع بأقلهما لأن الأول إن كان أقل فهو لا يدعي إلا هو ، وإن كان الثاني أقل فهو الذي استحق به الرجوع في الحكم ، فلا يرجع بأكثر منه . هذا كلامه .

وجزم به أيضًا في « التتمة » وحكى في « البحر » **أربعة أوجه** :

أحدها : هذا .

والثاني والثالث : الوجهان السابقان .

والرابع : أنه يرجع بأحدهما لا بعينه ، لأنه وجب له على المضمون عنه ألف من غير تعيين .

ثم نقل عن القاضي أبي الطيب أنه قال : إنه الصحيح عندي ، لكن الذي صححه القاضي أبو الطيب في « تعليقه » إنما هو الرجوع بالثاني .

[باب] [(١)] الشركة

قوله : ثم إنْ عَيَّنَ الشريك جنسًا ... إلى آخره .

أهمل قسمًا ثالثًا وهو ما إذا أطلق الإذن ، ولم يتعرض لما يتصرف فيه .

قال في « الروضة » : والأصح فيه الجواز كالقراض .

قوله في « الروضة » : تجوز الشركة في النقدين قطعًا ، ولا تجوز في المتقومات قطعًا ؛ وفي المثليات قولان : أظهرهما : الجواز . انتهى كلامه .

وما ذكره من نفي الخلاف في المتقومات ليس كذلك ، فقد ذهب أبو الحسن الجوري - بضم الجيم والراء المهملة - في « شرح المختصر » إلى الجواز فقال : الصحيح عندي جواز الشركة في العروض كلها إذا استوت قيمتها سواء كانت من جنس واحد أو أجناس ، وقد نقله عنه أيضًا في «المطلب » .

قوله : فأما [غير] [(٢)] المضروب من ، التبر والحلي والسبائك ، فقد أطلقوا منع الشركة فيها ، لكن يجوز أن يقال : إن جعلناه متقومًا لم يجز ، وإن جعلناه مثليًا ففيه الخلاف في المثليات . انتهى .

ودعواه أنهم أطلقوا المنع غريب ، فقد حكى صاحب « التتمة » في انعقاد الشركة على التبر والنقرة الوجهين في المثليات ، موافقًا لبحث الرافعي، ونقله عنه أيضًا في « الروضة » والنقرة هي السبيكة كما قاله الجوهري فتفطن له .

ولهذا قال الشافعي في الغصب من «الأم » : لو غصب نقرة فضربها

---

(١) في جـ : كتاب .

(٢) سقط من جـ .

دنانير أو دراهم فلا شيء له .

قوله : وأما الدراهم المغشوشة ، فقال الروياني : لا تصح الشركة فيها خلافًا لأبي حنيفة .

وقال في « العدة » : الفتوى على الجواز . انتهى .

والأصح ما قاله في « العدة » ، كذا صححه في « الروضة » ، قال : والمراد بصاحب « العدة » هنا هو أبو المكارم الروياني .

قلت : وهو ابن أخت صاحب « البحر » كما ذكره الرافعي في النفقات في الكلام على الفسخ بالإعسار ، وفي القضاء بالتحكيم ، واحترز بذلك عن « العدة » لأبي عبد الله الحسين الطبري ، والأمر كما قاله النووي ، فقد راجعت عدة أبي الحسين فلم أجده قد تعرض للمسألة بالكلية .

قوله : لأحدهما دنانير وللآخر دراهم ، فابتاعا شيئًا بهما يقوم ما ليس نقد البلد منهما بما هو نقد البلد ، فإن استويا في القيمة فالشركة على التساوي ، وإلا فعلى الاختلاف . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على ذلك ، وينبغي أن يعلم أن هذه المسألة يجيء فيها القولان فيما إذا كان لرجلين عبدان ، لكل واحد عبد ، فباعهما بثمن واحد ، لأن الثمن المعين كالمبيع .

والعلة في القول الذي صححوه هناك وهو البطلان أن حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة حالة البيع ، وإن كانت تعلم بالتقويم ، وها هنا حصة كل واحد من المبيع مجهولة ، وإن كانت بالتقويم تعلم أيضًا .

وحينئذ فيكون الأصح على ما قاله في تلك المسألة ، هو البطلان هنا ، وهذا التخريج واضح ، وقد صرح به صاحب « الشامل » ، وأشار إلى أن

البيع لابد أن يكون بعين النقدين ، وعـزاه إلى الأصحاب ، وإلى أنه لابد من تقويم الـثوب ، فإنه قـال : إذا أراد القيـمة نظر إلى نقـد البلد فقـوما الثوب به ، وقوما مال الآخر به ، ويكون التقويم حين صرف الثمن . هذا كلامه .

قوله في « الروضـة » : شركة الوجـوه ، وقد فسرت بصـور ، ثم قال : والثالـثة : أن يشتـري وجيـه لا مال له ، وخـامل ذو مال ليكون العـمل من الوجيه ، والمال من الخامل ويكون المال في يـده لا يسلمه إلي الوجيه والربح بينهما . انتهى .

وتعبـيره بقوله : يشتـري بالياء هو كذلك في خطه أيضًا كـما هو في النسخ ، وهو تحريف ، وصوابه أن يشترك بالكاف كما وقع في الرافعي .

قوله في أصل « الروضة » : الثالثة : استـأجر رجل الراوية من صاحبها والحمل من صاحبه ، واستأجر أيضًا المستقي لاستقاء الماء ، وهو مباح ، نظر إن أفرد كل واحد بعقد صح .

والماء للمستـأجر وإن جمع الجمـيع في عقد واحد ففي صـحة الإجارة قـولان كمن اشـترى عـبدين لرجلين بثمن واحـد ، فـإن صحـحنا وزعت الأجـرة المسمـاة على أجـود الأمثـال ، وإلا فلكل واحـد عليه أجـرة المثل ، ويكون الماء للمستأجر .

ثم قال ما نصه : وموضع القولين إذا وردت الإجارة على غير المستقى ، والحمل والراوية .

فأما إذا التزم ذممهم فتصح الإجارة قطعًا . انتهى كلامه .

وحاصل عبـارته أنه إذا التزم رجلاً جملاً في ذمـته ، وآخرا راوية في ذمـته ، وأخـر الاستـقاء في الذمـة على الحـمل المذكور والراوية صـحت

الإجارة، وهو باطل قطعًا لأن المعنى المقتضي للإبطال في إجارة العين موجود بعينه ها هنا .

وهذا الوهم سببه إسقاط كلمة من الرافعي ، فإنه قال : فأما إذا ألزم ذممهم السقي ، وعلى هذا التقدير لا إشكال في الصحة ، لأن كل واحد ليس متميزًا عن الآخر باستئجار شيء منه .

قوله : ومنها لواحد البذر ولآخر آلة الحرث ولآخر الأرض ، واشتركوا مع رابع ليعمل ويكون الريع بينهم فالزرع لصاحب البذر ، وعليه لأصحابه أجرة المثل ، قال في « التتمة » : فلو أصاب الزرع آفة ولم يحصل من الغلة شيء فلا شيء لهم ، لأنهم لم يحصلوا له شيئًا ، ولا يخفى عدول هذا الكلام عن القياس الظاهر . انتهى .

قال في « الروضة » : الصواب ما قاله المتولي ، وتبعه عليه في «المطلب » أيضًا ، وعلله بأن منافعهم والحالة هذه قد تلفت تحت أيديهم ، وإنما ضمنها إذا لم يتلف الزرع لحصول منفعتهم له ، وهذا الذي ذكراه غير مستقيم ، بل الصواب ما قاله الرافعي ، فإنهم قد اتفقوا في القراض الفاسد على أن العامل حيث استحق الأجرة ، لا فرق بين أن يحصل في المال ربح أم لا ، والمعني المذكور في الشركة موجود بعينه في القراض .

قوله : تنفسخ الشركة بموت أحدهما ، وحينئذ فللوارث تقرير الشركة، وإنما يتقرر بعقد يستأنف . انتهى .

تابعه في « الروضة » عليه ، وهو يقتضي أنه لابد أن يوجد ما يوجد في الابتداء ، لكن إذا انفسخ القراض جاز عقده بلفظ التقرير والترك ونحوهما على الأصح ، لكن يشترط أن يكون ما يجوز القراض عليه في الأصح بخلاف القرض ، وقياس هذا منه انعقاده به أيضًا .

وبه جزم القاضي الحسين وابن الرفعة في « المطلب » .

قول : فإن تساويا في المال ، وشرطا التفاضل في الربح ، أو تفاضلا في المال وشرطا التساوي في الربح فسد العقد .

ثم قال : ونقل الإمام خلافًا للأصحاب في أن الشركة تفسد بهذا الشرط أو يطرح الشرط والشركة بحالها لنفوذ التصرفات ، ويوزع الربح على المالين ، ولم يتعرض غيره لحكاية الخلاف . انتهى كلامه .

وهذا الخلاف الذي أنكره ، وتابعه في « الروضة » على نحوه أيضًا قد صرح بحكايته الماوردي في « الحاوي » و « الروياني » في « البحر » .

كتاب الوكالة

فيه ثلاثة أبواب :

الأول : في أركانها

الركن الأول : ما فيه التوكيل

قوله : فلو وكل غيره بطلاق زوجة سينكحها أو بيع عبد سيملكه ، أو إعتاق كل رقيق يملكه ، أو بتزويج ابنته إذا انقضت عدتها أو فارقها زوجها، وما أشبهه . فقيل يصح ، وبه أجاب القفال والبغوي ، والأصح عند العراقيين والإمام وبه أجاب الغزالي : بطلانه . انتهى ملخصًا .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا ، ومقتضاه أن الأكثرين على المنع ، ولهذا صرح به في أصل « الروضة » ، وصححه في « المحرر » أيضًا فقال : إنه أظهر الوجهين ، **إذا علمت ذلك ففيه أمور :**

أحدها : أنه قد ذكر في كتاب النكاح ما يخالف ذلك فقال في باب بيان الأولياء في المانع الرابع ، وهو الإحرام ما نصه : لو جرى التوكيل في حال إحرام الموكل أو الوكيل أو المرأة ، نظر إن وكل لينعقد في حال الإحرام : لم يصح .

وإن قال : ليزوج بعد التحليل صح ، لأن الإحرام يمنع العقد دون الإذن، ومن ألحق الإحرام بالجنون لم يصححه ، ولو أطلق التوكيل فهو كالتقييد بما بعد التحليل . انتهى لفظه .

والصحيح أن الإحرام لا يلحق بالجنون ، [وحينئذ] (١) فيكون الصحيح صحة هذا التوكيل على عكس ما قاله هنا .

---

(١) سقط من أ .

وذكر في « الروضة » في الباب المذكور ، وهو باب الأولياء ما يوافق هذا أيضًا فقال : فرع : في « فتاوى البغوي » : أن التي يعتبر إذنها في تزويجها إذا قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة : أذنت لك في تزويجي إذا فارقني زوجي أو انقضت عدتي ، فينبغي أن يصح الإذن ، كما لو قال الولي للوكيل : زوج بنتي إذا فارقها زوجها أو انقضت عدتها ، وفي هذا التوكيل وجه ضعيف: أنه لا يصح ، وقد سبق في الوكالة . انتهى لفظه.

ومراده بقوله : (وفي هذا التوكيل) يعني الصورة المقيس عليها ، فإنه الذي سبق ذكره في الوكالة [إذا علمت المقصود ظهر لك أن ما ذكره غريب فإنه صحح عكس ما صححه هنا ، وزاد على ذلك فادعى أن مقابله ضعيف ، سبق في الوكالة] (١) مع أنه قد سبق فيها أنه هو الصحيح .

واعلم أن الرافعي لم يرجح شيئًا في هذه المسألة ، بل ذكرها قبيل كتاب الصداق من غير ترجيح ، فنقلها النووي إلى الموضع المذكور أولا ، ثم رجح ما رجح .

وبالجملة فالراجح ما قاله هنا ، فإن مقتضى كلامه أنه رأي الأكثرين .

وأما ما ذكره الرافعي في النكاح حكاية ، قلد فيه البغوي .

واعلم أنا إذا صححناه فمحله إذا لم يصرح بتعليق الوكالة ، فإن صرح كما لو قال : إذا طلقت بنتي أو انقضت عدتها ، فقد وكلتك بتزويجها ، فهل يصح هذا التوكيل ؟ فيه القولان المعروفان في تعليق الوكالة ، كذا قاله الرافعي في النكاح في الكلام على الإحرام ، وفي الكلام على التوكيل فيه أيضًا ، وحينئذ فيكون الراجح عدم الصحة ، ولكن ينفذ التصرف .

الأمر الثاني : أن شرط الاعتداد بإذن الأب في نكاح غير البكر تقدم إذن المرأة كما ذكروه في كتاب النكاح ، وحينئذ فتكون صورة المسألة

---

(١) سقط من أ .

الأخيرة من المسائل المذكورة أولاً أن تكون بكرًا ، أو يموت عنها زوجها أو يطلقها .

الأمر الثالث : أن ما حكاه عن البغوي يقتضي أنه يقول بالصحة ، مع تنكير العبد والمرأة وغيرهما ، وليس كذلك ، بل شرطه عنده أن يكون معينًا، فقد رأيت في « فتاويه » ـ أعني البغوي ـ ما نصه : إذا قال : وكلتك بتزويج ابنتي إذا طلقت ، أو إذا اشتريت العبد الفلاني فأعتقه صح، وإن قال: وكلتك بإعتاق عبد أشتريه لا يصح ،لأن التصرف فيه غير معين بخلاف الأولين .

ولو قال : وكلتك ، فإذا صار هذا الخمر خلا فبعه صح .

ولو قال : وكلتك بتزويج الحمل الذي في بطن زوجتي لا يصح ، لأنه غير معلوم .هذا كلام البغوي .

ويظهر أن يكون التعميم كقوله : كل عبد بمثابة التعيين في الصحة .

الأمر الرابع : أن هذا الخلاف هل هو خاص بما إذا خصص ما سيملكه بالتوكيل حتى إذا جعله مثلاً بائعًا لأمواله الموجودة فقال : وكلتك في بيع أموالي وما سأملكه يجوز كما قالوا به في الوقف ، فإنه لو قال : وقفت على من سيولد من أولادي ، فإنه لا يجوز ، ولو قال : على أولادي ومن سيولد لي جاز ، أم الخلاف جار في الصورتين ؟ فيه كلام يأتي في الكلام على ما إذا وكله في شراء شاة فاشترى شاتين .

قوله : ويستثنى من جنس الصلاة ركعتا الطواف . انتهى .

واعلم أن شرط النيابة في هاتين الركعتين أن يكون ذلك تبعًا للحج أو العمرة حتى لو أفردهما بالتوكيل لم يصح ، وقد صرح بذلك الرافعي في كتاب الوصية .

قوله : وفي الظهار وجهان بناء على أن المغلب فيه معنى اليمين أو

الطلاق ، والظاهر عند العظم منع التوكيل فيه . انتهى لفظه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وظاهره يقتضي أن الراجح تغليب شبه اليمين ، ولكن الذي صححه في آخر باب الظهار ، وتابعه عليه في «الروضة » ، أن المغلب شبه الطلاق ، وهذا البناء الذي يقتضي بظاهره المخالفة ، لم يذكره في « الروضة » .

قوله : ولو أسلم على أكثر من أربع نسوة فوكل بالاختيار أو طلق إحدي امرأتيه أو إحدى عبديه ، ووكل بالتعيين لم يصح . انتهى كلامه .

ومحله إذا لم يعين المرأة ، أما لو أشار إلى واحدة ، وقال : وكلتك في تعيين هذه للطلاق أو النكاح ، أو أشار إلى أربع من المسلمات وقال : وكلتك في تعيين النكاح فيهن كان كالتوكيل في الرجعة حتي يصح علي الصحيح ، كذا نقله في « الروضة » من « زياداته» عن « التتمة » ، وأقره ، ولكن ينبغي أن يعلم أن الطلاق اختيار للنكاح كما ذكره في بابه، فتعيين الزوجة بقوله : للطلاق أو النكاح ، يوهم خلافه ، ولو عبر بالفراق لكان أصوب .

قوله : لكن ما هو على الفور من الفسوخ قد يكون التأخير بالتوكيل ، فيه تقصيراً . انتهى .

وتعبيره بقوله : قد يكون ليس لتردده في ذلك فافهمه ، بل للحكم به مرة وعدمه أخرى ، فإذا اطلع مثلاً على العيب وهو يأكل أو في حمام أو ليل ، فإنه لا يلزمه المبادرة ولا التلفظ بالفسخ ، فإذا وكل لم يكن تقصيراً قطعًا .

وإذا حضر عند المالك مثلاً ، أو القاضي ولم يفسخ ، بل وكل في ذلك كان تقصيراً كما جزم به صاحب « التتمة » وغيره .

وأما ما يكون على التراخي من الفسوخ كالإعسار بالنفقة وغيره

فواضح .

قوله : نعم يمتنع توكيل الذمي المسلم في أداء الجزية على رأي مذكور في الجزية . انتهى .

تابعه في « الروضة » علي تقييد الوجه بالمسلم، وهو باطل فإن الخلاف ينبني على أن أخذ لحيته وضرب لها ذمه ونحوها واجب أو مستحب .

وإذا قلنا بوجوبه فيمتنع توكيل الذمي كالمسلم لأن التوكيل فيما وجب عليه من عقوبة باطل .

قوله : وفي التوكيل في تملك المباحات كإحياء الموات وجهان . انتهى .

حكاه في « الشرح الصغير » وجهين أيضًا ، واعترض عليه في «الروضة » فقال : قلد في حكايتهما وجهين بعض المراوزة وهما قولان مشهوران ، وهذا الاعتراض لا يستقيم ، فقد قال القاضي أبو الطيب بعد تعبيره بالقولين أنهما مخرجان من القولين في مسألة الاشتراك في البغلة والراوية والاستقاء ، وكذا قال القاضي حسين في آخر باب الشركة بعد تعبيره بالوجهين ، وقد تقرر أن الخلاف المخرج في الحقيقة معدود من الوجوه .

قوله من « زياداته » : قال ابن الصباغ : ولا يصح التوكيل في الالتقاط قطعًا ، كما لا يجوز في الاغتنام ، فإن التقط أو غنم كان له دون الموكل .

وقال صاحب « البيان » : ينبغي أن لا يكون الالتقاط على الخلاف في تلك المباحات .

وما قاله ابن الصباغ أقوى . انتهى كلامه .

وما ذكره ها هنا من ترجيح القطع بعدم الصحة ، ولم ينقل خلافه إلا بحثًا عن « البيان » ، قد جزم بعكسه في آخر اللقطة ، وسأذكر لفظه هناك

إن شاء الله تعالى وجزم الروياني في « البحر » بأنه للملتقط ، ولم يخرجه على الخلاف ، وهو يقوي ما رجحه النووي هنا ، ومثار التردد في الالتقاط أن الالتقاط فيه شائبة الاكتساب ، وشائبة الولاية كما ذكره في بابه .

قوله : وإذا قلنا : لا يصح التوكيل بالإقرار، فهل يجعل مقراً بنفس التوكيل؟ فيه وجهان ... إلى آخره .

والأصح أنه يكون مقرًا ، ونقله في « الروضة »عن الأكثرين، قال : ولو قال : أقر عني لفلان بألف له على، فهو إقرار بلا خلاف، صرح به الجرجاني وغيره .

قال ابن الرفعة : وإذا صححنا التوكيل، فكيفية الإقرار على ما يقتضيه كلام البندنيجي أن يقول : أقررت عنه بكذا ، قال : وصوره بعضهم بأن يقول : جعلت موكلى مقرًا بكذا .

قوله : وأما حدود الله تعالى فلا يجوز التوكيل في أثنائها ، لأنها مبنية على الدرء ، ويجوز في استيفائها لقوله عليه الصلاة والسلام : « أغديا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » [(١)] . انتهي .

فيه أمران :

أحدهما : أنه يستثنى من حدود الله تعالى مسألة واحدة ذكرها الرافعي في كتاب اللعان والقذف وهي دعوى القاذف ، على المقذوف أنه زنا .

الثـاني : ما ذكره من أن أنيسًا كان وكيلاً في استيفاء الحد ، فيه كلام

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٩٠) ومسلم (١٦٩٧) وأبو داود (٤٤٤٥) والترمذي (١٤٣٣) والنسائي (٥٤١٠) وابن ماجة (٢٥٤٩) من حديث أبي هريرة ﷺ .

مذكور في القضاء ، وستقف عليه إن شاء الله تعالى .

قوله في « التهذيب » : لو قال : وكلتك ببيع جميع مالي وكان معلومًا، أو قبض جميع مالي وكان معلومًا ، أو قبض جميع ديوني ، وهى معلومة يجوز .

وهذا التقييد يشعر باشتراط العلم ، لكن الأشبه خلافه ، فإن معظم الكتب لا تتعرض لذلك . انتهى كلامه .

وما أشعر به كلام الرافعي من الاشتراط ، قد صرح به القاضي حسين في « تعليقه » في مسألة البيع ، ونقله عنه في « الكفاية » .

قوله : ولو قال : بع ما شئت من أموالي أو اقبض ما شئت من ديوني جاز ، ذكره في « المهذب » و « التهذيب » وفي « الحلية » ما ينازع فيه ، فإنه لو قال : بع من رأيت من عبيدي لا يجوز حتي يميز . انتهى كلامه .

والأصح خلاف ما في الحلية ، فقد جزم الرافعي بالصحة في آخر الباب الثاني في أوائل المسائل المنثورة ، وذكر أنه لابد أن يترك شيئًا ، فقال : ولو قال : بع من عبيدي من شئت وأبقي بعضهم ولو واحد ، هذا لفظه .

نعم لا يؤخذ من تصحيح الصحة في العبد تصحيحه في الأموال ، لأنها أكثر غررًا ، ولهذا فصل في « الشامل » ها هنا ، فصحح في العبيد دون الأموال .

قوله في المسألة من « زوائده » : وهذا المذكور عن « المهذب » هو الصحيح المعروف ، قال في « التهذيب » : ولا يجوز أن يبيع الكل ، ولا أن يقبض الكل .

وأما قول صاحب « الحلية » ، ففي « البيان » عن ابن الصباغ نحوه ،

فإنه قال : لو قال بع ما تراه من مالي لم يجز ، ولو قال : ما تراه من عبيدي. جاز ، وكلاهما شاذ ضعيف .

وهذا النقل عن « الحلية » إن كان المراد به « الحلية » للروياني فهو غلط، فإن الذي في «الحلية للروياني » : لو قال بع عبيدي هؤلاء الثلاثة من رأيت جاز ، ولا يبيع الجميع لأن « مَنْ » للتبعيض .

ولو وكله أن يزوجه من شاء جاز ، ذكره القاضي أبو حامد .

هذا لفظ الروياني في « الحلية » بحروفه . انتهى كلام النووي .

فأما تصحيح الصحة فقد ذكرت لك أن الرافعي قد صرح به في آخر الباب الثاني بالنسبة إلى العبيد .

وأما نقله عن « التهذيب » أنه لا يبيع الكل ، فقد سبق لك أيضًا أن الرافعي قد جزم به في الموضع المذكور ثم إن ظاهر كلامه يقتضي أنه مما أجاب به البغوي نفسه ، وليس كذلك ، بل إنما نقله البغوي عن شيخه القاضي الحسين ، ولم يزد عليه فقال : قاله شيخنا ، وأما قوله : إن كان المراد « حلية الروياني » فغلط ، فإنه باطل ، والمراد « حلية الروياني » ، وتغليط الرافعي غلط .

فإن المسألة مذكورة في « الحلية » قبيل هذا الكلام الذي نقله بنحو خمسة أسطر ،فقال ما نصه : ولو قال : بع من عبيدي من رأيت لم يجز حتي يميز ، وكذلك لو قال : اشترِ لي عبداً من الأتراك لا يجوز حتي يبين لكثرة الجهالة . هذا لفظ « الروياني » في « الحلية » بحروفه .

والعجب من هجومه على تغليط الإمام الرافعي قبل استيعاب الكلام مع ما علمته منه من التحرير والإتقان ، وقد صرح الماوردي أيضًا بما قاله الروياني في « الحلية » ، والمراد بالرؤية هنا رؤية القلب .

قوله من « زياداته » : قال أصحابنا : لو قال : بع هذا العبد ، أو هذا لم يصح . انتهى كلامه .

وما نقله في هذه المسألة مشكل ، بل ينبغي الصحة .

كما إذا قال : بع أحدهما ، وكما تقدم فيما إذا قال : بع من مالي ما شئت .

نعم إن أريد التردد في التوكيل فالبطلان ظاهر ، كما لو قال وكلتك إما في هذا وإما في هذا ، فلا وجه لما نقله إلا حمله على هذا فيتعين الحمل عليه.

قوله : ولا يكفي أن يقول : اشترِ لي شيئًا أو عبدًا ، ثم قال : وفي «النهاية» أن صاحب « التقريب » حكى وجهًا أنه يصح التوكيل بشراء عبد مطلق ، وهذا الوجه بعيد ها هنا .

وإذا اطرد في شراء شيء كان أبعد . انتهى كلامه .

وهو لا يدل على وقوع طرده ولا على خلافه ، وقد حكى الإمام في « النهاية » والغزالي في « البسيط » ترددًا في التوكيل بشراء شيء ، تفريعًا على هذا الوجه ، وحكاه في « الروضة » عن « البسيط » .

قوله : وقول الغزالي في « الوجيز » : أو ذكر الثمن ، أو لم يذكر نوعه ففيه خلاف إن أراد به ما هو المفهوم من ظاهره ، وهو أن يقول : اشترِ لي عبدًا بمائة ، ولا يتعرض لكونه تركيًا أو هنديًا ، فإثبات الخلاف في هذه الصور بعد الحكم بأنه لابد من ذكر التركي أو الهندي ، مما لم يتعرض له الأئمة ، ولا ذكر له في « الوسيط » . انتهى كلامه .

وقد ذكر هذا الاعتراض أيضًا في « الشرح الصغير » ، وكذلك في كتابه « التذنيب » ، وليس كما زعم من إنكار الخلاف ، فقد ذكر الماوردي في «الحاوي » ، وكذلك الغزالي في « البسيط » ، ونقله عنه النووي في

«مختصر التذنيب » مستدركًا عليه .

قوله : ومنها : لو وكله بالإبراء فيشترط علم الموكل بقدر الدين ، وأما الوكيل فقال القاضي والغزالي : لا يشترط ، وقال في « المهذب » و«التهذيب» : يشترط ، والأشبه الأول . انتهى ملخصًا .

واشتراط علم الوكيل قد قال به أيضًا الماوردي والبندنيجي ، ونقله ابن الرفعة عن الجمهور ، وإن كانت عبارته ملبسة .

قوله : فإن قلنا : الإبراء إسقاط ، صح مع جهل من عليه الحق المبلغ . وإن قلنا : تملك ، فلا يصح . انتهى .

هذه المسألة سبق الكلام عليها في الضمان .

قوله : ثم إن قال : ابرأ فلان عن شيء من ديني ، أبرأه عن قليل منه . انتهى .

ويعني بالقليل أقل ما ينطلق عليه الاسم ، كذا صرح به في « التتمة»، ونقله عنه في « الروضة » ، وقال : إنه أصح ، والأمر كما قال ، وما ذكره ابن الرفعة من أنه يبرئه عما يشاء بشرط أن يبقي شيئًا فغلط .

الركن الثاني : الموكل

قوله : من لا يتمكن من مباشرة ذلك التصرف ، لا يصح منه التوكيل ، ثم قال : ويستثنى بيع الأعمى ... إلى آخره .

تبعه في « الروضة » على استثناء مسألة الأعمى خاصة ، **ويستثنى مع ذلك مسائل :**

إحداها : إذا قال لزوجته : إذا طلقتك فأنت طالق ثلاثًا، وقلنا بما نقله الإمام عن الأكثرين من اشتداد وقوع الطلاق فوكل فيه صح ، كما نقله الرافعي هناك .

الثاني : إذا قالت المرأة لوليها : وكلتك في تزويجي صح ، وزوجها كما نقله صاحب « البيان » عن الشافعي ، وستعرفه في موضعه .

الثالثة : إذا وكل الولى المرأة لتوكل رجلاً عنه في تزويج موليته ، فإنه جائز عند الشافعي خلافًا للمزني ، كذا قاله في « التتمة » في الباب الثالث في بيان الأولياء ، فالمرأة هنا موكلة لمن تزوج مع أنها لا تملك المباشرة .

الرابعة : إذا وكل حلال محرمًا ليوكل حلالاً في التزويج ، فإن الأصح في الرافعي في الكلام على إحرام الولى صحته ، وهي كالتي قبلها .

واعلم أن المحرم والمرأة في هاتين الصورتين ، كما أنهما موكلان لمن يزوج كما ذكرناه ،هما أيضًا وكيلان فيه حتي يستثنيان أيضًا مما سيأتي .

قوله : ومن جوز التوكيل في بيع عبد سيملكه ، فقياسه جواز توكيل المحجور عليه فيما يستأذن فيه الولي ، ولم يتعرضوا له . انتهى .

ويمكن الفرق بينهما كما قاله في « الروضة » ، بأن الخلل هنا في عبارة المحجور عليه [والله أعلم] (١) .

---

(١) زيادة من جـ .

الركن الثالث : الوكيل

قوله : كما يشترط في الموكل أن يتمكن من مباشرة التصرف الموكل فيه بنفسه، يشترط في الوكيل التمكن من مباشرته لنفسه . انتهى .

وما ذكره في الوكيل تابعه عليه في « الروضة » ، وقد استثنيا مسائل وأهملا أخرى : الأولى والثانية الصورتان المتقدمتان في شرط الموكل .

الثالثة : ما ذكره الرافعي في كتاب النكاح، أنه إذا وكل محرمًا ليقبل له النكاح بعد التحلل صح ، قال : لأن الإحرام يمنع الإنعقاد دون الأول .

قال : فإن أطلق فهو كالتقييد بما بعد التحلل .

قوله : وفي جواز اعتماد قول الصبي في الإذن في دخول الدار والملك عند إيصال الهدية ، وجهان سبقا في البيع . انتهى .

هذه المسألة مذكورة في « الروضة » في ثلاث مواضع ثم اختلف كلامه فيها على ثلاثة أوجه ، سبق إيضاحها في البيع فراجعها .

قوله : والمرأة والمحرم مسلوبا العبارة في النكاح ، فلا يتوكلان فيه . كما لا يوكلان . انتهى .

هذا الكلام صريح في استداد باب التوكيل عليهما ، وهذا في المحرم بناء على أن الإحرام من باب السوالب ، وهو وجه ضعيف .

والصحيح كما قاله في النكاح أنه من باب الموانع ، وبنى على أنه يجوز له أن يوكل ليعقد بعد الإحرام ، وستعرف لفظه هناك إن شاء الله .

قوله : ولا يصح توكيل المرأة في الاختيار في النكاح ، إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ، وفي الاختيار للفراق وجهان ، لأنه يتضمن اختيار الأربع للنكاح . انتهى .

اعلم أن صورة هذه المسـألة فيما إذا عين المخـتارة للنكاح أو الطلاق ، فإن لم يعين لم يصح ، سواء كان الـوكيل رجلاً أو امرأة ، لأنه يرجع إلى الشهوة ، كذا قاله الرافعي في أول الباب .

والأصح من الوجهين المذكورين كما قاله في « الروضة » عدم الصحة، ولم يتعرض للمسألة في « المحرر » ، ولا في « الشرح الصغير » .

قوله : توكيـل المرتد في التصرفات الماليـة ينبني على بقاء ملكه وزواله ، إن أثبتـناه صح ، وإن أبطلنا فلا ، وإن وقـفناه فكذا التوكـيل ، ولو وكل ثم ارتد ففي انقطاع التوكيل الأقوال الثلاثة .

ولو وكل رجـلاً مـرتدًا أو ارتد الوكـيـل ، لم يقـدح في الوكـالة ، لأن الخلاف في تصرفه لنفسه لا لغيره ، كذا نقله الأصحاب عن ابن سريج .

وفي « التتـمة » : أنه يبنى على أنه يصيـر محجـوراً عليه ، إن قلنا : نعم انعزل ، وإلا فلا . انتهى .

تابعه عليـه في « الروضة » ، واعلم أن الصحـيح من هذه الأقوال هو قـول الوقف ، وإذا قلنا به فيـوقف ما يـحتـمل الوقف كالعـتق والتدبيـر والوصية .

ويبطل ما لا يحتمل ، كالبيع والهبة وغيرهما .

وإذا قلنا ببـقاء مـلكه فقـيل : يصـير مـحجـوراً عليـه بنفس الردة ، والأصح : أنه لا بد من صرف المال .

هذا ملخص ما ذكروه في كتاب الردة ، وسوف أذكر لفظه هناك لأمور ينبغي التنبيه عليها .

وإذا علمت ذلك علمت أن مـا ذكـره في أول كلامـه من أنا نصـحح الوكالة إذا أبقينا ملكه محله إذا لم يحجر القاضي عليه ، وأن ما ذكره أيضًا

من وقفها على القول الصحيح ، لا يستقيم إلا على القول القديم ، وكذلك انقطاع توكيل الوكيل إذا ارتد .

وجزم في « المطلب » بأن ردة الموكل عزل ، دون ردة الوكيل .

قوله من « زياداته » : ولو وكل المسلم كافرًا ليقبل له نكاح مسلم لا يصح ، ولو وكله في طلاقها فوجهان ، لأنه لا يملك طلاق مسلمة ولكن يملك طلاقًا في الجملة . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من منع توكيله في قبول نكاح المسلمة ، قد جزم به أيضًا قبل كتاب الصداق نقلاً عن البغوي .

الأمر الثاني [: أن المبيع مخالف لتجويزهم توكيله في شراء المسلم كما سبق إيضاحه في البيع .

الأمر الثالث] (١) : أن دعواه أنه لا يملك طلاق مسلمة ليس كذلك ، بل يتصور ملكه إياه ، وقد صرح به هو في كتاب الخلع في أثناء الركن الخامس ، فقال في أصل « الروضة » بعد أن ذكر التوكيل في الخلع والطلاق ما نصه : ويجوز أن يكون وكيل الزوج والزوجة ذميًا ، لأنه قد يخالع المسلمة ويطلقها .

ألا ترى أنها لو أسلمت وتخلف فخالعها في العدة ، ثم أسلم حكم بصحة الخلع . هذا كلامه .

قوله : وتوكيل الفاسق في إيجاب النكاح ممتنع ، إذا سلبناه الولاية .

ثم قال ما نصه : ولا خلاف في جواز قبوله بالوكالة . انتهى .

ودعواه نفي الخلاف قلد فيه الغزالي ، وقد تبعه عليه في « الروضة »

---

(١) سقط من جـ .

وعبر بقوله : قطعًا ، وليس كما زعـما من نفي الخلاف ، فقد جزم الشيخ أبو حـامد بعـدم الجواز ، وكـذلك البندنيـجي والمحـاملي ، وادعيـا نفي الخلاف، وجزم به أيـضًا الجرجاني ، وعلله بأن قـبوله لغيره جـارٍ مجرى الولاية.

وقـال الروياني فـي « البـحـر » عند الكلام على الـعـزل : إنه ظاهر المذهب.

وحكى القـاضي أبو الطيب والقـاضي حسين وابن الصـباغ وصـاحب «البيان » فيه وجهين .

واعلم أن الرافعي قد حكم في النكاح وجهًا أن الفاسق لا يقبل النكاح لنفسه ، وإذا جمعت بين مقالتيه قضيت العجب ، حيث حكى الخلاف في جوازه لنفسه ، ونفى الخلاف عن قبوله لغيره .

الركن الرابع: الصيغة

قوله : وأما القبول فإنه يطلق بمعنيين :

أحدهما : الرضى والرغبة فيما فوضه إليه ، ويقتضيه الرد .

والثاني : اللفظ الدال عليه .

والقبول بالمعنى الأول معتبرًا ، وأما اللفظ فلا يشترط ، وقيل : يعتبر ، وقيل : يشترط في صيغة العقد لوكيلك دون الإذن كبيع . انتهى .

وما ذكره من اشتراط القبول بمعنى الرضى ليس كذلك ، فإنه لو أكرهه حتى تصرف نفذ تصرفه على الصحيح ، كما قاله في كتاب الطلاق نظرًا إلى الإذن .

وأيضًا فقد ذكر بعد هذا : أنه لو تصرف غير عالم كان كمن باع مال أبيه ظانًا حياته فبان ميتًا .

واعلم أن الروياني في « البحر » ذكر في البيع قبل باب بيع اللحم كلامًا متعلقًا بمسألتنا فقال : ما معنى قولكم : الوكالة تفتقر إلى القبول ويجوز بيعه قبل القبول ؟ .

فإذا كان التصرف جائزًا على كل حال فما فائدة الخلاف ؟ قلنا : **له فائدتان :**

إحداهما : أنه لو كان وكيلاً يقبض دينه من رجل فتمكن الرجل من دفعه إلي الوكيل ، ولم يتمكن من دفعه إلى الموكل ، نظر إن قبل الوكيل الوكالة فعليه دفع ما عليه له ، لأن الوكيل بمنزلة الموكل ، وإن لم يقبل الوكالة لم يلزمه الدفع لأنه لم يصر وكيلاً ، وهذا قبل مطالبة الوكيل .

فأما إذا طالبه بالدين عن الموكل فيلزمه الدفع ، لأن هذه المطالبة جارية مجرى قبول الوكالة ، ويحتمل وجوب الدفع إليه قبل المطالبة ، لأن الدفع إليه يوجب البراءة .

الفائدة الثـانية : إذا كان للوكيل وكيلاً يقـبض العارية من فلان فوصل المال إلى يد الوكيل وهو لا يعلم أنه المال الموكل فيه .

فإن كان الوكـيل قد قبل الوكالـة زال الضمان عن المستـعير ، وإن لم يكن قد قبلها لا يزول ، لأنه لم يصل لصاحبه ولا وكيله ، فإن قيل : لمَ لا يزول الضمان كما يصح البيع ؟ قيل : لأن الشروع في إثبات البيع يقوم مقام قبـول الوكالة والرضى بها ، وهذا غير موجود في مـسألة الضمان ، لأنه لم يعلم أن المال للموكل فيه حتى يجعل قـبضه كالرضا بالقبول ، هذا آخر كلام الروياني .

قوله : الـتفريع إن شـرطنا القبـول ، فهل يجب أن يكون علـى الفور ؟ ظاهر المذهب : أنه لا يجب . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على إطلاق ذلك ، **وتستثني من ذلك صور :**

إحـداها : إذا وكله في إبراء نفسه ، فإنه يصح إن لم يشترط القبول ، وهو الصحيح .

قال في « البـحر » : ولابد أن يبريء في الحال ، قـال : فلو أخره لم يصح .

الثـانيـة : أن يعين زمان العمل الذي وكل فيـه ويخاف فواته ، فيكون القبول على الفور .

الثالـثة : أن يعرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده ، فيكون أيضًا على الفور كما قاله الماوردي وصاحب « البحر » .

واستثنى ابن الرفعة في « الكفاية » الصورتين الأخيرتين .

قوله : وحيث لا يشترط القبول تكفي الكتابة والرسالة ، ويجعله مأذونًا في التصرف ، وحيث اشترطنا فحكمه كما لو كتب بالبيع ، وقطع الروياني في الوكالة بالجواز . انتهى .

استدرك عليه في « الروضة » فقال : قطع الماوردي أيضًا وكثيرون بالجواز وهو الصواب والله أعلم .

ثم ذكر في الطلاق ما يخالفه فقال : فرع : كتب إليه : وكلتك في بيع كذا من مالي أو إعتاق عبدي ، فإن قلنا : الوكالة لا تفتقر إلى القبول فهو ككتب الطلاق ، وإلا كالبيع ونحوه . انتهى .

ذكر مثله أيضًا في كتاب البيوع من « شرح المهذب » فذكر أولاً أن الصواب القطع بالاكتفاء ، وأن لا يلحق بالبيع ، وجزم في الموضعين الأخيرين بإلحاقه به ـ أعني بالبيع ـ والمسألة بعد استحضار أن الكتب من الكنايات تبني على قاعدة ، وهي أن ما لا يشترط فيه الشهادة ، إن قيل : مقصودة التعليق بالغرر كالخلع ، فتنعقد بالكتابة مع النية ، وإن لم يقبل كالبيع والإجارة ففيه خلاف .

إذا علمت هذا فالتعليق يفسد الوكالة لكن لا يمنع من التصرف ، فمنهم من ينظر إلي الأول فيخرجها على الخلاف في البيع ، ومنهم من ينظر إلى الثاني فيحرم وهو المتجه ، لأن المقصود من الوكالة ، فعل الشيء الموكل فيه ، والتعليق لا يؤثر فيه كما تقدم ، وادعى القاضي أبو الطيب في مسألة الجبر إجماع المسلمين على الصحة .

قوله : في تعليل جواز تعليق الوكالة ، لأنها استنابة في التصرف فأشبهت عقد الإمارة ، فإنها تقبل التعليق ، على ما قال رسول الله ﷺ :

«فإن أصيب جعفر فزيد» (١) **. انتهى .**

وهذا الذي ذكره من تقديم جعفر في التأمير على زيد ليس كذلك ، بل الصواب وهو المذكور في كتب الأحاديث والسير كسيرة ابن هشام أن النبي ﷺ أمر زيدًا ثم جعفر ثم عبد الله بن رواحة ، وقد ذكره الرافعي على الصواب في كتاب الوصية فقال في الكلام على الوصايا ما نصه : ومن المشهور أن النبي ﷺ أمر زيدًا وقال : إن أصيب زيد فجعفر فإن أصيب فعبد الله بن رواحة .

قوله : ولو نجز الوكالة وشرط للتصرف شرطًا ، فإن قال : وكلتك الآن ببيع عبدي هذا ، ولكن لا تبعه حتي يجيء رأس الشهر ، صح التوكيل بالاتفاق ، ولا يتصرف إلا بعد حضور الشرط . انتهى كلامه .

ودعواه الاتفاق ذكره أيضًا في « الشرح الصغير » ، وعبر عنه في «الروضة » بقوله : بلا خلاف ، وهو غريب ، فقد حكى الإمام فيه خلافًا فقال : [ومن العراقيين من ذكر خلاف ، وصحح الغزالي في « البسيط» بطلانه فقال :] (٢) فهو تعليق فاسد إذ لا معنى لتخير الوكالة مع منع التصرف .

وقال الشيخ أبو محمد : الوكالة صحيحة ، وهذا بعيد . هذا لفظه في « البسيط » .

وحكى ابن يونس في « التعجيز » هذا الخلاف أيضًا .

قوله : قاعدتان إحداهما : إذا أفسدنا الوكالة بالتعليق ، فلو تصرف

---

(١) أخرجه أحمد (٢٢٦٠٤) و (٢٢٦١٩) وابن حبان (٧٠٤٨) والطبراني في « الكبير » (٤٦٥٥) وابن أبي شيبة (٧/ ٤١٢) والنسائي في « الكبري » (٨٢٤٩) وأبو نعيم في « الحلية » (٩/ ١٦) وابن سعد في « الطبقات » (٣/ ٤٦) ، وهو حديث صحيح .

لكن الوارد في الحديث تقديم زيد على جعفر رضي الله عنهما .

(٢) سقط من جـ .

الوكيل بعد حصول الشرط صح في أصح الوجهين ، لأن الإذن حاصل ، وحينئذ فأثر فساد الوكالة أنه يسقط المسمى ، إن كان قد سمى له جعلاً ، ويرجع إلى أجرة المثل . انتهى كلامه .

وفي « الكفاية » و « المطلب » فائدة أخرى ، وهي عدم جواز التصرف ، وأن ابن الصباغ استبعد المنع .

قوله : الثانية : إذا قال : وكلتك بكذا ، ومهما عزلتك فأنت وكيل . ففي صحة الوكالة في الحال وجهان :

أصحهما : الصحة .

ووجه المنع باشتمالها على شرط التأبيد ، وهو إلزام العقد الجائز . انتهى كلامه .

واعلم أن الخلاف يشترط فيه أمران :

أحدهما : أن تكون صيغة الشرط مقتضية للتكرار ، وهي كلما بخلاف متى ومهما ونحوها ، وهذا الشرط يؤخذ من تعليل الرافعي ، لأن متي ومهما ونحوهما لا تقتضي التأبيد ، لأنها لا تقتضي التكرار .

فإذا عزله مرة ، فعاد كان له عزله ثانيًا ولا يعود ، ولأجل ما قلناه لم يصور المسألة في « المطلب » إلا بكلما .

الثاني : أن يجعل التعليق شرطًا في الوكالة ، فيقول : إني كلما عزلتك ، أو بشرط كلما عزلتك فأنت وكيلي ونحوه .

وهذا الشرط جزم به في « المطلب » ناقلاً له عن القاضي حسين وغيره.

والتعليل الذي نقلناه عن الرافعي صريح فيه أيضًا ، وهو متعين لا شك فيه ، وما وقع في الكتاب و « الروضة » مما يوهم مخالفة ذلك، فمحمول على أنه لم يقع عن قصد لتوافق المنقول ، ويصان عن فساد

التعليل .

قوله في المسألة : فإذا عزله ففي عوده وكيلاً الوجهان في تعليق الوكالة: أظهرهما : المنع .

فإن قلنا يعود ، نظر إن أتى بصيغة لا تقتضي التكرار كقوله : إذا عزلتك أو مهما أو متى فإنه لا يقتضى عود الوكالة إلا مرة واحدة .

وحينئذ فطريقه أن يكرر العزل ، ولا كلام ، وإن أتي بصيغة التكرار كقوله : كلما عزلتك . فإنه يقتضي العودة مرة أخرى ، فطريق عزله أن يقول: كلما عدت وكيلي فأنت معزول ، فإذا عزله ينعزل لتقادم التوكيل والعزل واعتضادنا لأصل ، وهو الحجر في حق الغير . انتهى ملخصًا .

ذكر مثله في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أنّا إذا قلنا بصحة تعليق العزل على طلوع الشمس وقدوم زيد ونحوهما كيف يعديه إلى تعليقه على التوكيل مع أنه تعليق ؟ قبل الملك إذ لا يملك العزل عن الوكالة التي لم تصدر منه فهو كقوله : إن ملكت عبد فلان فهو حر ، والمعروف بطلانه .

الأمر الثاني : أن ما تقدم من الحيلة في عزله ، وهو التكرار أو التعليق المعتاد للأول ، قد خصه الرافعي بالوجه الضعيف القائل بتصحيح الوكالة المعلقة ، وليس كذلك ، فإن الوكالة الفاسدة يصح التصرف فيها ، فيحتاج إلى هذه الحيلة في عزله على الوجهين ، ولأجل ذلك ذكرها في « الحاوي الصغير » في أنه لا يفرع على الضعيف .

قوله : والخلاف في قبول الوكالة التعليق جار في أن العزل هل يقبله ؟ ولكن بالترتيب والعزل أولى بالقبول ، لأنه لا يشترط فيه قبول ، وتصحيح إعادة الوكالة والعزل مبني على قبولهما التعليق . انتهى .

ذكره في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أنه ليس فيه بيان الصحيح من هذا الخلاف ، وحاصله أنا إن صححنا تعليق الوكالة صححنا تعليق العزل ، وإن لم نصحح تعليقهما ففي العزل وجهان ، والمرجح على ما اقتضاه كلام « المنهاج » تبعًا «للمحرر » تصحيح عدم الانعزال ، فإنه لما حكى الوجهين في تعليق الوكالة عبر بقوله : ويجريان في تعليق العزل .

الأمر الثاني : أن ما اقتضاه كلامهما من تصحيح عدم العزل عجيب ، فكيف [تنفذ التصرفت والمالك مانع منها لاسيما أن جملة الصيغ أن يقول] (١) إذا انقضى الشهر فلا تبع ؟ وأيضًا فلأنا لما منعنا تعليق الوكالة رتبنا على التعليق عرض المالك ، وهو التصرف ، فكيف لا يرتب غرضه في تعليق العزل ، وهو المنع الذي هو الأصل ؟

قوله : قال الإمام : إذا نفذ العزل وقلنا : تعود الوكالة [فلا شك أن العزل ينفذ في وقت وإن لطف ثم ترتب عليه الوكالة] (٢) .

فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف فهل ينفذ ؟ فيه وجهان ، وإنما يتضح هذا الغرض والتصوير لو وقع بينهما ترتب زماني ، لكن الترتيب في مثل هذا لا يكون إلا عقليًا . انتهى كلامه .

والذي قاله الرافعي غريب ، فإن لنا وجهين مشهورين حكاهما هو وغيره في النكاح والطلاق وغيرهما في أن الشرط مع المشروط أو يترتب عليه ، وليس المراد الترتيب العقلي ، فإنه لا خلاف فيه ، بل الترتب الزماني كما صرح به هو وغيره ، وبنوا عليه فوائد .

قوله : واعلم أن الخلاف في أن الوكالة هل تقبل التعليق جار في أن العزل هل يقبله ؟ ولكن بالترتيب ، والعزل أولى بالقبول . انتهى كلامه .

وليس فيه تصحيح ، لأن حاصله أنا إن صححنا تعليق الوكالة صححنا

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

تعليق العزل ، وإن لم نصحح تعيلقها ، ففي العزل وجهان ، وهكذا في «الروضة » أيضًا .

والصحيح عدم العزل أيضًا كالوكالة ، فإنه حاصل ما في « المحرر » و « المنهاج » .

الباب الثاني
في أحكام الوكالة

الحكم الأول : صحة التصرف إذا وافق الإذن

ويتضح بأمثلة : فلو وكله في بيع شيء وأطلق لا يصح بيعه بغير نقد البلد ، ولا بثمن مؤجل كما أن الوصي كذلك . انتهى .

وما ذكره في الوصي ليس كذلك ، بل فيه تفصيل سبق في بابه فراجعه .

قوله : والتوكيل بالبيع مطلقًا ـ أي من غير تعيين المشتري ـ هل يجوز أن يبيع لأصوله وفروعه ؟ علي وجهين :

أصحهما : الجواز كالعم يزوج موليته لابنه إذا أطلقت الإذن .

وقلنا : لا يشترط تعيين الزوج . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على إطلاق الوجهين ، ومحله إذا لم يعين الثمن، فإن عين جاز ذلك بلا خلاف ، كذا رأيته في « فتاوى القفال » وهو ظاهر .

ثم قال : ويجري الوجهان فيما إذا وكل في الخلع وأطلق فخالع مع ولده .

قوله : ولو صرح للوكيل بالبيع من نفسه فقال الأكثرون : لا يجوز ....

إلى آخره .

وما قالوه من البطلان متجه إذا لم ينص له على البيع بما يراه من قليل وكثير ؛ فإن نص عليه تعين القول بالصحة ، قال ابن الرفعة في كتابيه «المطلب» و « الكفاية » : لأن النظر إلى اتحاد الموجب ، والقائل إنما كان لما يلحقه من التهمة المقتضية إلي تضاد العرضين ، ولأجل ذلك لما فقدت التهمة في حق الأب والجد لم يكن الاتحاد مانعًا من الصحة .

هذا كله قد صرحوا به في هذا الباب ، وهنا قد انتفت التهمة بالنص على البيع من [نفسه فأبرأه أو بشيء معلوم ، فإنه لو نص البيع من] (١) الأجنبي بشيء معلوم، فإنه لو نص البيع من الأجنبي بشيء لا يجوز البيع من غيره مع وجود الزيادة ، وهذا الكلام لا جواب له إلا التزام الصحة .

قوله : وفي كتاب القاضي ابن كج شيئان غريبان :

أحدهما : أن القاضي أبا حامد حكى عن الإصطخري وجهًا : أن للوكيل أن يبيع من نفسه .

والثاني : أنه حكى وجهين فيما لو وكل أباه بالبيع هل له أن يبيع من نفسه ، لأن الأب له أن يبيع مال ولده من نفسه بالولاية ، فكذلك بالوكالة . انتهى كلامه .

وقد أهمل النووي ـ رحمه الله ـ الثاني فلم يذكره في أصل « الروضة» ثم ذكره من « زوائده » نقلاً عن الماوردي فقال : قلت : وإذا وكَّل الابن الكبير أباه في البيع لم يجز أن يبيع لنفسه ، وحكى في « الحاوي » وجهًا أنه يجوز تغليبًا للأبوة .

كما لو كان في حجره والله أعلم . هذه عبارته .

وهو غريب جدًا ، والأول يجري في البيع من ولده الصغير بطريق الأولى ، لأنه بيع من الغير على الجملة .

---

(١) سقط من جـ .

قوله في أصل « الروضة » : ولو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه، في النفس أو الطرف أو وكل الإمام السارق في قطع يده أو وكل الزاني ليحد نفسه فالصحيح المنع في كل ذلك . انتهى كلامه .

وما ذكره ها هنا في توكيل السارق من تصحيح المنع قد رجح خلافه في كتاب الجنايات ، فقال في باب استيفاء القصاص في آخر الطرف الأول منه : وهل يمكنه ـ أي الإمام ـ إذا قال : أقطع بنفسى ؟ وجهان: أقربهما: نعم لأن الغرض التنكيل وهو يحصل بذلك . هذا كلامه .

وقد سلم الرافعي ـ رحمه الله ـ من ذلك كما ستعرفه في موضعه .

قوله : ولو وكل من عليه الدين في إبراء نفسه ، فقيل : على الوجهين ، وقيل : يجوز قطعًا ، وهو بناء على اشتراط القبول في الإبراء .

فإن اشترطناه جرى الوجهان ، وإلا فيجوز قطعًا . انتهى ملخصًا .

واعلم أن هذا الكلام صريح في أنا إذا جعلناه إسقاطًا يجوز التوكيل فيه قطعًا ، لأنه لا يشترط فيه القبول جزمًا تفريعًا على هذا القول ، كما تقدم في الضمان ، وليس كذلك بل ذكر صاحب « الشامل » ما حاصله : أن الوجهين جاريان على القول بأنه إسقاط .

فإن قال : المذهب المشهور أنه يصح ، لأنه وكله في إسقاط حق عن نفسه بنفسه ، هذا كلامه .

قوله : ولو لم يقبل الموكل الأجل فوجهان ، قال في « التهذيب » : لا يصح التوكيل .

وصحح الغزالي : أنه يصح ، واختاره ابن كج . انتهى .

والأصح هو الصحة ، فقد صححه الرافعي في « المحرر » وعبر بالأصح ، وصححه أيضًا النووي في أصل « الروضة » .

قوله : والوكيل بالبيع هل يملك قبض الثمن ؟ فيه وجهان :

أصحهما : نعم .

وأما تسليم المبيع إذا كان معه فأشار كثيرون إلى الجزم به ، وقال ابن أبي هريرة وصاحب « التهذيب » وغيره : هو على الوجهين .

قوله : والوكيل بالشراء هل يملك تسليم الثمن وقبض المبيع ، قال في «التهذيب » و « التتمة » : فيه الخلاف في وكيل البائع .

وكلام الغزالي يشعر بالجزم بالجواز ، وعلله بأن العرف يقتضيه . انتهى.

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، والصحيح هو القطع بالجواز فقد جزم الرافعي في الكلام على العهدة بجواز تسليم الثمن ، ولم يحكِ فيه الخلاف المذكور هنا ، وصرح في « الروضة » من « زوائده » بتصحيح هذه الطريقة في الحكمين جميعًا ـ أعني تسليم الثمن وقبض المبيع ـ .

قال : وبه جزم كثيرون ، وقال صاحب « الشامل » . يسلم الثمن قطعًا ويقبض المبيع على الأصح ففرق بينهما . انتهى .

واعلم أن عبارة النووي في النقل عن « الشامل » توهم المغايرة عنده ، بين الوكيل في الشراء والوكيل في البيع ، وليس كذلك ، بل ذكر أن الوكيلين يتسلمان ، وقيل : يتسلمان على وجهين .

قوله : ومتي ثبت رد المعيب للوكيل فأخر أو صرح بالتزام العقد فليس له العود إلى الرد في أصح الوجهين ، فعلى هذا للموكل الرد على البائع أن يثبت الوكالة وإلا فوجهان :

أحدهما : يرده على الوكيل ، وهو المذكور في « التهذيب » و «التتمة».

والثاني : وهو الذي نقله الشيخ أبو حامد وأصحابه : يرجع عليه بأرش العيب . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن الراجح هو الأول، فقد نص عليه الشافعي ـ رحمه الله ـ كما نقله الشيخ في « المهذب » والبندنيجي في « تعليقه » ، ثم قال ـ أعني البندنيجي ـ بعد حكاية النص : ولأصحابنا فيه ما لا يحكى لفساده ، لأنه خلاف المنصوص ، وصححه أيضًا في « الروضة » من « زياداته » .

الأمر الثاني : أن ما أضافه إلى الشيخ أبى حامد وأصحابه ، قد تبعه عليه في « الروضة » ، وعبر بقوله : قطعوا به .

والبندنيجي أكبر أصحاب الشيخ ، ولم يقطع به ، بل لم يصححه ، بل ادعي فساده كما تقدم ، ونقله عنه أيضًا ابن الرفعة في « الكفاية » .

قوله : ولو أراد الوكيل الرد ، فقال البائع : قد عرفه الموكل ورضيه ، فلا رد لك ، فأنكر الوكيل وحلف رده .

ثم إن أحضر الموكل وصدق البائع فعن ابن سريج : أن له استرداد المبيع من البائع ، وفي « التتمة » أن القاضي الحسين قال : لا استرداد . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا النقل عن القاضي غلط ، وذلك لأن المذكور في تعليقه كمذهب ابن سريج فإنه قال : إن الموكل إذا حضر وقال : كنت رضيت به ، لا يحتاج إلى بيع جديد .

وأما نقله ذلك عن « التتمة » فقد راجعتها فوجدته قد عبر بقوله : حكى القاضي ، فظن الرافعي أن المراد بها ذهابه إليه فصرح به غير مستحضر لما قاله في « تعليقه » ، فوقع في الوهم في « الروضة » عليه، وهو تصرف عجيب ، فإن حكاية المذهب لا تستلزم ذهاب حاكيه إليه .

الأمر الثاني : أن الراجح بتقدير ثبوت الخلاف هو ما قاله ابن سريج

فقد قطع به أيضًا صاحب « الشامل » و « البيان » والقاضي كما تقدم وصححه النووي من « زيادته » ، وليس للمسألة ذكر إلا في « الكبير » .

قوله : وهل للوكيل حط بعض الثمن ؟ فيه قولان عن ابن سريج . انتهى .

ذكر نحوه في « الروضة » وزاد فقال : ينبغي أن يكون أصحهما : عدم الحط والله أعلم .

ولم يبينا صورة المسألة فنقول : إن تعذر الرد القهري من المشتري بهلاك المبيع أو تعييبه ونحو ذلك فطالب المشتري بالأرش رده الوكيل ، بلا نزاع ، وإن لم يتعذر بل تراضيا على أخذ الأرش ، فقد سبق في باب الرد بالعيب أن فيه وجهين شهيرين ، وأن أصحهما : المنع .

والظاهر أن هذه المسألة مفرعة على الضعيف وهو الجواز هناك فاعلمه .

قوله : فإن قلنا : إن الوكيل يشتري من يعتق على الموكل فكان معيبًا فللوكيل رده ، لأنه لا يعتق على الموكل قبل رضاه بالعيب ، ذكره في «التهذيب » . انتهى .

وهذه المسألة سبق الكلام عليها في الرد بالعيوب .

قوله : وإذا قال وكلتك في كذا وأذنت لك في أن توكل به وكيلاً عني فواضح ، وإن قال : عنك كان وكيلاً عن الوكيل على الصحيح .

وإن لم يقل : عني ولا عنك ، فالأصح أنه وكيل الموكل . انتهى .

وهذه الأقسام الثلاثة جارية فيما إذا قال الإمام أو القاضي لنائبه : استخلف ؛ لكن الأصح في القسم الثالث أنه نائب عن الغائب لا عن الأصل على العكس من الوكيل وهو مشكل .

قوله : وإذا جوزنا للوكيل أن يوكل عند عدم الإذن ، إما لأنه كبيرًا أو

غير لائق فوكل عن نفسه فهل يصح ؟ فيه وجهان . انتهى .

والأصح منهما عدم الصحة ، كذا قاله في « الروضة » ، ولم يتعرض لها في « المحرر » ولا في « الصغير » .

قوله : ويشترط على الوكيل حيث ملك التوكيل ، أن يوكل أمينًا رعاية لمصلحة الموكل ، إلا أن يعين له من ليس بأمين . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على ذلك وفيه أمران :

أحدهما : أنهم قد ذكروا في النكاح أن المرأة إذا قالت : زوجني ممن شئت أنه يجوز تزويجها من الأكفاء وغيرهم على الصحيح ، وقياسه أنه إذا قال هنا : وكل من شئت ، أنه يجوز توكيل الفاسق وغيره ، بل أولى لأنه هناك يصح ولا خيار لها ، وها هنا يستدرك ، لأنه إذا وكل الفاسق فباع بدون ثمن المثل لا يصح .

وإن اشترى معيبًا يثبت الخيار .

نعم ليس في كلامهم هنا ما ينفي القول به ، فليكن الجواز كما قلناه .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد ذكر قبل هذا أنه إذا وكله في شراء شيء معين وكان به عيب لم يعلم به البائع أن الوكيل يرده على الصحيح ، لأن الظاهر أن الموكل إنما أراده بشرط السلامة ، وقياسه أن تكون العين ها هنا مثله أيضًا .

قوله : ولو وكل أمينًا ثم فسق فهل له عزله ؟ فيه وجهان . انتهى .

لم يصحح أيضًا شيئًا في « الشرح الصغير » ، ولم يذكرها في «المحرر»، وقد رجح النووي المنع ، فقال في « زيادات الروضة » : إنه الأقيس.

وفي « زيادات المنهاج » : إنه الأصح .

وإطلاق هذه المسألة غير مستقيم ، لأن الموكل إن قال له : وكل عنك . كان له عزله بدون الفسق ، فكيف يصح امتناعه معه ، فتعين أن محله فيما إذا قال : وكل عنى ، وبه صور المسألة في « الوسيط » ، وفي معناه ما إذا أطلق .

وحينئذ فمنعه من العزل واضح ، لأنه ليس بوكيله .

وأما جوازه ، فعلله في « المطلب » بأنه من توابع ما وكل فيه ، فأشبه الرد بالعيب عند التصريح بالسفارة ونحوه .

مما لا يرتد المبيع فيه إلى الوكيل ، ولم يعلله في « الكفاية » ، بل نقل استشكاله عن بعضهم .

ولو قيل بانعزاله في هذه المسألة بلا عزل ، كان أوجه كما قالوه في عزل الرهن .

قوله من « زوائده » : هكذا قال الأصحاب أنه إذا قال : بع هذا يوم الجمعة فلا يبيعه قبله ولا بعده قالوا : وكذا حكم العتق ؛ وأما الطلاق فنقل صاحب « الشامل » و « البيان » عن الداركي ، أنه لا يجوز قبله ، ويجوز بعده ، لأنها إذا كانت مطلقة يوم الجمعة كانت مطلقة يوم السبت بخلاف الخميس ، ولم أرَ هذا لغيره وفيه نظر . انتهى كلام النووي .

وحاصله أنه لم يقف في المسألة على نقل يخالف ذلك وهو غريب ، فقد ذكر المسألة في الباب الثاني في أركان الطلاق في أواخر الركن الثاني ، وجزم بأن له أن يطلق بعد الوقت المعين ناقلاً لذلك عن البوشنجي .

فقال : لو قال لأجنبي : إذا جاء رأس الشهر فأمر امرأتي بيدك ، فإن كان قصد بذلك إطلاق الطلاق فله التطليق بعده ، وإن أراد تقييد الأمر برأس الشهر ، يقيد الطلاق به ، وليس له التطليق بعده . هذا كلامه .

ثم إن التعليل الذي نقله عن الداركي موجود بعينه في العتق ، وقد نقل عن الأصحاب أنه يتقيد ، فلزم أن الطلاق كذلك .

وذكر الروياني في « البحر » في التوكيل في البيع قريبًا مما قاله الداركي فقال : لو قال : بعه بأجل إلى يوم الخميس ففات الخميس صح بيعه بحال في وجه .

واعلم أن الرافعي في باب الشرط في الطلاق قد نقل عن المتولي : أنه إذا قال : أنت طالق اليوم وغدًا وبعد غد لم تطلق إلا واحدة ، لأن المطلقة في وقت مطلقة فيما بعده بخلاف ما لو كرر لفظ (في) .

ومن نظائر لفظ التزويج ، قال البغوي في كتاب النكاح لو قال : زوجها غدًا فزوجها اليوم ، أو قال : زوجها في المسجد فزوج في غيره لم يصح .

وذكر الرافعي أيضًا في كتاب الإقرار أنه إذا قال : طلقها يوم السبت طلقة ، ثم طلقها يوم الأحد طلقتين وقعت الثلاث ، والمعنى في هذه المسائل كلها واحد .

قوله : ولو عين مكانًا ليس فيه غرض ففي تعينه وجهان :

أحدهما : لا ، والتعبير في مثل ذلك يقع اتفاقًا ، وهذا ما أورده في الكتاب ، وبه قال القاضي أبو حامد .

والثاني : يتعين ، وهو أصح عند ابن القطان وصاحب « التهذيب » . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أنه لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا ، والراجح هو الأول ، فقد نص عليه الشافعي في « الأم » في كتاب الرهن كما نقله

عنه القاضي أبو الطيب ، وجزم به أيضًا في « التنبيه » واختاره المتولى والروياني .

وقال في « المحرر » : الأظهر أنه يتعين ، وكأنه تبع فيه صاحب «التهذيب » لما تعارض الترجيح في ظنه ، ولم يطلع على هذا النص ، وتبعه عليه أيضًا في « الروضة » وقال : إن البلدين كالسوقين .

قال : وهذا إذا لم يقدر الثمن ، فإن قدر فباع به في غير ذلك المكان جاز ، صرح به صاحب « الشامل » و « التتمة » ، وغيرهما .

الأمر الثاني : أن تعبير الرافعي بقوله : وهو الذي أورده في الكتاب قد توهم منه النووي أن المراد نفي الخلاف عند الغزالي ، فصرح به في أصل «الروضة » فقال : وقطع به الغزالي ، وهذا الفهم غلط، فقد صرح في « الوسيط » بحكاية وجهين في المسألة .

الأمر الثالث : أن إطلاق الجواز في بلد غير مأذون فيها يقتضي الجواز قبل انقضاء مدة يتأتى فيها الوصول إلى المأذون فيها ، وهو مشكل ، فإن اللفظ دل على المسافة ، وعلى إيقاع البيع في البلد خرج الثاني لدليل فيبقى الأول ، ولهذا قالوا : إذا وهب منه شيئًا في بلده أو رهنه عنده وأذن في قبضه ، فلابد من مضي زمن يمكن المضى إليه فيه .

قوله : ولو قال : بع بمائة فهل له أن يبيع بها وهناك من يرغب في الزيادة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، لموافقته صريح إذنه .

والثاني : لا ، كما لو أطلقوا الوكالة فباع بثمن المثل ، وهناك من يرغب بزيادة . انتهى .

والراجح المنع ، فقد قال في « الشرح الصغير » : إنه الأشبه ، وفي «الروضة» : إنه الأصح ، ولم يصرح بها في « المحرر » .

قوله : وإذا وكله بالبيع مؤجلاً فباع حالاً ، فإن كان في وقت لا يؤمن فيه من النهب والسرقة أو كان لحفظه مؤنة في الحال لم يصح ، وإلا فوجهان : أصحهما على ما في « التهذيب » جوازه .

ولو قال : بع بكذا إلى شهرين، فباعه إلى شهر ففيه الوجهان . انتهى .

والأصح ما قاله صاحب « التهذيب » ، كذا صححه النووي في أصل « الروضة » .

واعلم أن الموكل إذا نص على البيع من شخص ، وقدر للوكيل ثمنًا فلا يجوز الزيادة عليه لظهور قصد المحاباة ، وكذا قاله الرافعي .

وهذا المعنى موجود هنا فتعين تخصيصه كما سبق .

قوله : ولو قال : اشترِ حالاً فاشتراه مؤجلاً بقيمته حالاً فوجهان كما قلنا في البيع ، قال صاحب « التتمة » هذا إذا قلنا : إن مستحق الدين المؤجل إذا عجل حقه يلزمه القبول ، وإن قلنا : لا يلزمه ، فلا يصح الشراء ها هنا للموكل بمال . انتهى .

وما قاله صاحب « التتمة » قد عكسه صاحب « الشامل » فقال : هذا [الخلاف حيث لا يجبر صاحب الدين على قبول تعجيله ، وحيث يجبر يصح] (١) الشراء قطعًا .

قال في « الروضة » : وكلام ابن الصبغ أصح وأفقه وأقرب إلى تعليل الأصحاب .

قوله : ولو دفع إليه دينارًا وقال : اشتر به شاة فاشترى شاتين ، فإن لم تساو واحدة منهما دينارًا لم يصح الشراء للموكل ، وإن ساوت كل واحدة دينارًا صح الشراء ، ودفع للموكل في أظهر القولين . انتهى .

وأهمل هنا وفي « الشرح الصغير » و « المحرر » قسمًا ثالثًا وهو ما إذا

(١) سقط من أ .

ساوت إحداهما دينارًا والأخرى ناقصة عنه ، وقد ألحقه صاحب « الحاوي الصغير » بالقسم الأول حتى لا يصح الشراء ، لكن الأصح عند الأصحاب كما قاله في « الروضة » أنه كالقسم الثاني .

قوله : لأن عروة إن كان وكله النبي ﷺ في بيع أمواله لم يدخل ما يملكه من بعد .

وإن قيل : وكله في بيع أمواله وما يتملكه وقع في الخلاف المذكور في التوكيل ببيع ما سيملكه ، إلا أن يقال : [ذلك] (١) الخلاف فيما خصص بيع ما سيملكه بالتوكيل .

وأما إذا جعله تابعًا لأمواله الموجودة في الحال فيجوز وهذا كما أنه لو قال : وقفت على من سيولد من أولادي لا يجوز ، ولو قال : على أولادي ومن سيولد لي جاز . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذه المسألة مهمة يحتاج إليها ، وقد حذفها النووي من «الروضة » .

الأمر الثاني : أن هذه المسألة التي توقف فيها الرافعي قد نقلها صاحب « البيان » عن الشيخ أبي حامد ، فقال ـ أعني الشيخ ـ : إنه تجوز الوكالة باستيفاء ما وجب من حقوقه وما سيجب .

وجزم ابن الرفعة في « الكفاية » بالاحتمال الثاني القائل بالصحة أيضًا .

وأفتى ابن الصلاح بأنه إذا وكله في المطالبة بحقوقه دخل فيه ما يتجدد، وحكى عن الأصحاب الصحة فيما إذا وكله في بيع ثمرة قبل إثمارها .

---

(١) في جـ : إن .

قوله : ولو قال : بع عـبدي بمائة درهم فباعه بمائة وعـبد أو ثوب ، فعن ابن سـريج : أنه على القولين بالتـرتيب على مـسألة الشـاتين وأولى بالمنع ، لأنه عدل عن الجنس .

انتهى كلامه .

وحـاصل هذا أنا إن أبطلنا هنـاك أبطلنا ها هنا ، وإن صـحـحنا وهو الصحيح فها هنا قولان لأن هذا مـعنى ترتيب الخلاف فالصحيح في المسألة هو الصـحة ، كـذا صحـحه النـووي في « تصـحيح التنبـيه » وقـال في «الروضة » : ينبغي أن يكون هو الأصح .

قولـه من « زياداته » : وإذا ادعى على وكيل مـالاً وأقام بينة وقـضي به الحاكم ،ثم حضر الغـائب وأنكر الوكالة أو ادعى عزله لم يكن له أثر ، لأن الحكم على الغائب جائز . انتهى .

وما ذكره في دعوي العزل قد ذكـره الرافعي مبسوطًا بعد ذلك في هذا الباب .

قـوله : وأمـا الشراء المخـالف لأمـر الموكل فـإن وقع بعين مـال الموكل فباطل ، وإن وقع في الذمة ، نظر إن لم يسم الموكل وقع عن الوكيل ، وكذا إن سماه على الأصح ، وبلغوا التسمية .

والثـاني : العقـد باطل ، وإذا قلنا بالأصح ، فكذلك إذا قال : بعـتك ، فقال: اشتريت لمولكى .

فأما إذا قال : بعت فلانًا ، فقـال الوكيل : فاشتريت له ، فظاهر المذهب بطلان العقد لعدم المخاطبة . انتهى .

أهمل الرافعي قسمين آخرين :

أحـدهمـا : أن يقع الشراء بثـمن في ذمة الموكل بأن يقول : اشـتريت

لفلان بألف في ذمته ، وحكمه حكم الشراء بالعين ، كذا ذكره الرافعي في كتاب البيع في الكلام على بيع الفضولي .

الثاني : أن يقع بعين مال الوكيل ، وفي حكمه تفصيل وخلاف سبق أيضًا في البيع فراجعه .

واعلم أن النووي في « الروضة » قد عبر بقوله : فالمذهب بطلان العقد ، فاقتضى ذلك أن في المسألة طريقين .

وكأنه اشتبه عليه بسبب تعبير الرافعي بظاهر المذهب .

قال ـ رحمه الله ـ :

الحكم الثاني : العهدة

قوله : وإن اعترف البائع بوكالته فهل يطالب الوكيل أم الموكل أم من شاء منهما ؟ فيه أوجه .

أظهرها الثالث . انتهى ملخصًا .

وما ذكره ها هنا قد صحح في الكلام على خلع الأجنبي عكسه ، وسأذكر لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى .

قوله في المسألة : التفريع إن قلنا بالأول فهل للوكيل مطالبة الموكل قبل أن يغرم ؟ فيه وجهان ، لأن بعضهم قال : يثبت الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل مثله على الموكل بناء على أن الوكيل يثبت له الملك ، ثم ينتقل إلى الموكل .

فعلى هذا للوكيل مطالبته بما ثبت له ، وإن لم يؤد ما عليه .

وقال آخرون : ينزل الوكيل منزلة المحال عليه الذي لا دين عليه ، فعلى هذا ففي رجوعه قبل الغرم وجهان كالمحال عليه . والأصح المنع. انتهى كلامه .

واعلم أن ما قاله من تصحيح عدم الرجوع قبل الغرم بناء على التنزيل الثاني لا يستقيم ، وذلك لأنه قد تقدم في كتاب الحوالة أن هذه الحوالة لا تبرئ المحيل على الصحيح ، بل حقيقتها حقيقة الضمان .

وقيل : إنها تبرئه ، وتقدم أنه يرجع قبل الغرم إن قلنا بالبراءة ، وإن قلنا بالأول فلا .

والوجه الأول من هذا التنزيل لا يوافق الوجه الذي ساقه لتقريره ، بل

إنما يوافقه الوجه الثاني القائل بـالبراءة ، لأن الوجه الذى ساقه لأجله قائل [بأن المطالب الوكيل وحده ، فلا يستقيم جعل الوجه الأول مأخذًا] (١) له ، بل المقصود من ذكره توجيهه بالوجه الثاني القائل بالبراءة .

وحينئذ فيطالب الموكل [فثبت ، أمـا إذا قلنا بمطالبة الوكيل وحده كان له مطالبـة الموكل] (٢) قبل الغرم على الصـحيح لأجل المأخذين اللذين ذكرهما هو بخلاف ما صححه .

قوله : ولك أن تقـول ، لا خلاف أن للوكـيل أن يرجع على الموكل في الجملة ، وإنما الكلام في أنه متى يرجع ، وبأي شيء يرجع ؟ ... إلى آخر ما قال .

تابعه في « الـروضة » أيضًا على دعـوى عدم الخـلاف ، وهو غريب ففـي« الوسيط » وجـه أنه لا رجوع للوكـيل بما أعطاه من الثمـن أصلاً ، وكأن الوكيل اشترى للموكل [بمال] (٣) نفسه ، كما يحكى عن ابن سريج أنه جوزه.

قوله : ولو قال : اشـترِ في الذمة واصرف هذه الألف إلى الثـمن فتلف في يد الوكيل بعـد الشراء لَم ينفسخ العقـد ، ولكن هل ينقلب إلى الوكيل فيلزمـه الثمن ، أو يبـقى للموكل وعليـه مثل الدراهم ، أو يقـال للموكل : كذا أردته فادفع مثل تلك الدراهم ، وإلا فيقع عن الوكيل ، وعليه الثمن؟ ، فيه ثلاثة أوجه . انتهى ملخصًا .

لم يذكـر المسألـة في « الشرح الصـغير » ولا في « المحـرر » ، ولم يصحح في « الروضة » شيئًا من هذه الأوجه ، لكن الأصح في نظيره من القراض أن العقد ينقلب إلى العامل ، ويلزمه ألف كما ستعرفه إن شاء الله تعالى واضحًا .

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) في جـ : على .

والأصح في نظيره من العبد المأذون ، وتقدم أن المذكور في القراض أرجح ، فيلحق به .

قوله : ولو أرسل رسولاً يستقرض له فاستقرض فهو كوكيل المشتري في مطالبته ما في مطالبة وكيل المشتري بالثمن ، والظاهر أنه يطالب به ، ثم إذا غرم رجع على [الوكيل] (١) . انتهى كلامه .

وما ذكره من أن وكيل المستقرض كوكيل المشتري في المطالبة، قد صحح خلافه في الزكاة في الكلام على التعجيل ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك .

ونقل الإمام في الزكاة الخلاف في إلحاقه بوكيل الشراء ، وفرق بأن الوكيل في الشراء يقول : اشتريت ، وهذه الكلمة ملزمة ، والوكيل بالاستقراض لم يصدر منه ما يقتضي الضمان .

وهذا الفرق من الإمام يدل على أن الوكيل بالاستقراض لا يقول : اقترضت ، بل أقرضت موكلي ، وفيه نظر .

وقال ابن الرفعة في « الكفاية » : لا يطالب إذا صرح بالسفارة ، فإن لم يصرح ففيه خلاف .

---

(١) في جـ : الموكل .

الحكم الثالث
الجواز من الجانبين

قوله : ففي انعزاله قبل بلوغ الخبر إليه قولان :

أحدهما : لا ، كما أن حكم النسخ لا يلزم المكلف قبل بلوغ الخبر .

وأصحهما : الانعزال .

ثم أجاب عن النسخ فقال : وأما النسخ فلا فرق بينه وبين ما نحن فيه ، لأن حكم النسخ إما إيجاب إمتثال الأمر الثاني ، وإما إخراج الأول عند الاعتداد به .

فالإيجاب لا يثبت قبل العلم لاستحالة التكليف بغير المعلوم ، وهذا النوع لا يثبت في الوكالة ، لأن أمر الموكل غير واجب الامتثال ، والنوع الثاني ثابت هنا أيضًا قبل العلم حتى يلزمه القضاء . انتهى كلامه .

وما ذكره من أن النسخ بمعنى إخراج الأول عن الاعتداد ثابت قبل العلم حتي يجب القضاء قول ضعيف للأصوليين وجمهورهم على أنه لا يثبت حكمه إلا بعد العلم أو التمكن منه ، كما لا يثبت قبل نزوله من السماء كفرض خمسين صلاة ، أو بعد نزوله وقبل أن يبلغه جبريل إلى النبي ﷺ .

وقد ذكرت ذلك في « شرح منهاج الأصوليين » ، والدليل على ما قلناه أن أهل قباء لما أتاهم الخبر بنسخ القبلة في الصلاة استداروا ، ولو كان كما يقوله الرافعي من ثبوت الحكم لكانت صلاتهم باطلة ، ويلزم القضاء ، وقد استدل ـ أعني الرافعي ـ في باب استقبال القبلة بقصة أهل قباء على أنه ينحرف في الصلاة عند تغير الإجتهاد إذا قلنا : لا يجب

القضاء .

قوله في المسألة : وإذا قلنا : ينعزل ، فينبغي للموكل أن يشهد على العزل،لأن قوله بعد تصرف الوكيل : كنت عزلته ، لا يقبل . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم القبول تابعه عليه في « الروضة » وليس على إطلاقه، بل صورته ما إذا أنكر الوكيل العزل .

أما إذا وافقه ولكن قال : كان بعد التصرف ، فإنه يكون كدعوى الزوج بعدم الرجعة على انقضاء العدة ، وفيه تفصيل معروف ، كذا قاله الرافعي بعد هذا الباب الثالث المعقود للاختلاف .

قوله : وفي الأعمى وجهان :

أظهرهما وبه قال في « الكتاب » : إنه كالمجنون في اقتضاء [الانعزال][(١)].

والثاني : وهو الأظهر عند الإمام وبه قال في « الوسيط » : إنه لا يقتضي العزل .

واحتج له بأن المغمي عليه لا يلتحق بمن يولى عليه ، والمعتبر في الانعزال التحاق الوكيل أو الموكل بمن يولى عليه . انتهى كلامه .

وهذا الاحتجاج للإمام، ولم يذكره الغزالي في « الوسيط » فتفطن له، فإن كلامه موهم ، حتى وقع ابن الرفعة في الغلط بسببه .

قوله : ولو كل السيد عبده ببيع أو تصرف آخر ، ثم أعتقه أو باعه أو كاتبه ففي انعزاله وجهان .

وفصل بعضهم فقال : إن كان بلفظ الوكالة لم ينعزل ، وإن كان بلفظ الأمر انعزل . انتهى ملخصًا .

زاد في « الروضة » على تصحيح الماوردي والجرجاني أنه ينعزل

(١) في جـ : العزل .

مطلقًا، ولم يذكر تصحيحًا غيره .

إذا علمت ذلك ففيه أمور :

أحـــدها : أن الراجح عند الرافعـي منها هو الثالث ، كـذا ذكره في «الشرح الصغيـر » فقال : إنه أقرب الوجوه ، ولم يذكر ترجيـحًا غيره ، وصحح النووي في « تصحيح التنبيه » انعزاله مطلقًا ، وكأنه استند لما قاله في « الروضة » .

نعم صحح الرافـعي في مداينة العبـد : أن العبد المأذون ينعـزل بالبيع والعتق ، وتبعه عليه في « الروضة » .

الأمر الثاني : أن ما نقله في « الروضة » عن الماوردي من الانعزال في العتق والبـيع ليس كذلك ، بل إنما صحـحه في البيع ، وعلله بأن منافـعه مستحقة لغيره ، ولـم يصحح في العتق شيئًا ، بل نسب الانعزال إلى ابن سريج .

قـوله : ولو وكل عبـدًا لغـيره بإذن المالك فـباعـه مـالكه ، ففي ارتفـاع الوكـالة وجهـان أيضًا ، فـإن أبقيناها في هذه الصـورة والتي قبلهـا فيلـزمه استئذان المشتري ، فإن لم يستأذن نفذ تصرفه لدوام الإذن ، وإن ترك واجبًا .

قال الإمام : وفيه احتمال : انتهى ملخصًا .

عبر في « الروضة » فـي أول هذه المسألة بقوله : وعبد غيـره كعبده ، وهو يشمل زوال ملكه عنه بالاعتاق وغيره .

إذا علمت ذلك ففيه أمور :

أحدها : أن الأصح في عبد غيره عدم الانعزال ، كذا صححه النووي في « تصحيح التنبيـه » ، وقال في « زيادات الروضة » : إنه المذهب الذي جزم به الأكثرون .

قال : وطرد صاحب « التهـذيب » فيه وجهين في عبد نفســه ، فتابعه

الرافعي .

الأمر الثاني : أن ما ذكره في « الروضة » من تقليد الرافعي البغوي في ما تفرد به من طرد الوجهين غريب ، فإن الوجهين ثابتان قديمًا عند ابن سريج فمن بعده .

وممن حكاهما عن ابن سريج صاحب « البحر » .

الأمر الثالث : أن محل الخلاف في هذه الصورة هو فيما إذا أمره السيد ليتوكل لغيره .

فأما إذا قال : إن شئت فوكل لفلان ، وإن شئت فلا ، ثم أعتقه أو باعه فلا ينعزل قطعًا كالأجنبي ، كذا قاله ابن سريج ، ونقله عنه الروياني في «البحر» ، وجزم به أيضًا الشيخ أبو حامد والمحاملي وغيرهما ، وكذلك صاحب « البيان » ، ونقله في « الروضة » عنه خاصة ، وأقره .

واقتصاره عليه مع شهرة هذه الكتب غريب ، ونقل الشيخ أبو محمد عن ابن سريج في عبد نفسه مثله أيضًا .

الأمر الرابع : أن الرافعي قد ذكر في معاملة العبيد أنه لا يصح توكيل العبد في البيع والشراء بغير إذن سيده على الأصح لما فيه من تعلق العهدة ، وأشار في أوائل هذا الباب إلى ذلك أيضًا .

وتبعه النووي عليه قال : بخلاف قبول النكاح .

وحينئذ فكيف يصح التصرف يغير استئذان السيد فيما إذا وكل عبده ثم باعه أو عبد غيره وباعه مالكه ، وقلنا ببقاء الوكالة .

فأما إذا تنزلنا وقلنا ببقاء الوكالة فيزول المانع من جهة صاحب السلعة ، وهو الموكل ، فما الذي أزال مانع السيد ، وهو تعلق العهدة .

واعلم أن انتقال الملك إلى الورثة بموت السيد يشبه انتقاله بالبيع ،

وكذلك الهبة أيضًا ، وما نقلناه عن الرافعي في باب معاملة العبيد يقتضي أن نفس التوكيل ـ وهو الإيجاب ـ لا يصح ، ويحتمل أن يقال : بصحته ويكون التصرف موقوفًا على إذن المالك .

قوله : ولو أنكر الوكيل الوكالة فهل يكون عزلاً ؟ روى في « الوسيط» فيه أوجه : أصحها ثالثها : إن كان لنسيان أو غرض في الإخفاء لم ينعزل وإلا انعزل ، ولم أعثر على المسألة في « النهاية » ، لكنه أورد قريبًا من هذه الأوجه في إنكار الموكل أيضًا . انتهى ملخصًا .

وعبر في « الروضة » عما حكاه عن الإمام بقوله : ولو أنكر الموكل التوكيل ففي انعزاله الأوجه ، ومقتضاه أن الصحيح فيه أيضًا التفصيل .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي قد ذكر في الباب الثاني من كتاب التدبير كلامًا يخالفه من وجهين ، وتبعه عليه في « الروضة » ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى لأمور أخرى يتعين الوقوف عليها فراجعها .

ونقل في « المطلب » هنا عن الجوري بضم الجيم : أن إنكار الوكيل لا يكون عزلاً لنفسه .

الأمر الثاني : أن الإمام لم يحك في إنكار الموكل إلا وجهين : أصحهما : أنه لا يكون عزلاً .

وأشهرهما : أنه يكون عزلاً .

ثم أبدى الثالثة احتمالاً ، وهذا هو السر في تعبير الرافعي بقوله : قريبًا من هذه الأوجه .

قوله : فأما إذا شرط فيها جعلاً معلومًا وعقد بصيغة الوكالة فيمكن تخريجه ـ يعني الجواز من الجانبين ـ على أن الاعتبار بصيغ العقود أم بمعانيها . انتهى كلامه .

وما ذكره الرافعي بحثًا قد نقله صاحب « البحر » ، فإنه حكى وجهين، والحالة هذه في أنها هل هي جائزة أو لازمة ؟ .

قوله : ونختم الباب بصور نوردها على الاختصار .

لو وكل رجلاً بالبيع فباع ، ورد عليه المبيع أو أمره بشرط الخيار فشرط ففسخ البيع لم يكن له بيعه ثانيًا خلافًا لأبي حنيفة . انتهى كلامه .

تبعه عليه في « الروضة » ، واعلم أن ما ذكره في الرد بالعيب مسلم على كلام يأتي فيه أيضًا .

وأما ما ذكره في البيع بشرط الخيار فليس على إطلاقه ، بل إن كان الخيار لا ينقل الملك عن البائع جاز البيع ثانيًا ، وإن نقل امتنع كما جزم به ها هنا ، وقيل : لا يمتنع ، وإن نقل الملك .

هكذا ذكره الرافعي قبيل الكلام على حكم المبيع قبل القبض ، فعلى هذا إن كان شرط الخيار في مسألتنا للمشتري لم يجز البيع على الصحيح، وإن شرط للبائع أو لهما جاز لما علم في البيع أن الخيار إن كان لأحدهما فالملك له ، وإن كان لهما فموقوف .

فإن فسخ تبينا أنه للبائع وإلا فللمشتري فتفطن لذلك فإنه مهم .

وقد يقع الرد بالعيب أيضًا في زمن الخيار فيكون فيه هذا التفصيل ، وإن وقع بعده امتنع .

وحكى الرافعي هنا فيه وجهين أيضًا .

قوله : ولو أمره بالبيع أو الشراء فهل له شرط الخيار لنفسه أو للموكل؟ فيه وجهان . انتهى .

والأصح الجواز ، كذا صححه الرافعي في البيع في الكلام على الخيار، وصححه في « الروضة » من زوائده .

قوله في « الروضة » : إذا وكله ببيع عبد أو شرائه فلا يجوز العقد على بعضه لضرر التبعيض ، ولو فرضت فيه غبطة ، وفيه وجه شاذ . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما : أنه يستثنى ما إذا باع ذلك البعض بقيمة الجميع ، فإنه يصح بلا خلاف ، كذا ذكره النووي في « تصحيحه » وابن الرفعة في «الكفاية».

الأمر الثاني : أن مقتضى كلامه صحة العقد في البعض [إما بشرط][1] الغبطة وهو المتبادر من كلامه ، وإما مطلقًا وليس كذلك ، بل حاصل كلام الرافعي حكاية خلاف في صورة أخرى ، فإنه قال : ولو أمره بشراء عبد وبيع عبد لم يكن له أن يعقد على بعضه لضرر التبعيض ولو كان فيه غبطة كما إذا أمره بشراء عبد بألف فاشترى نصفه بأربع مائة ثم نصفه الآخر أيضًا بأربع مائة فكذلك ، ولا ينقلب الكل إليه بعد انصراف العقد عنه ، وفيه وجه ضعيف ، هذه عبارته .

وحاصله حكاية الخلاف في الانصراف وهو المذكور في « الكفاية » لابن الرفعة والاعتراض الأول وارد أيضًا على الرافعي .

قوله : ولو قال : ادفع هذا الذهب إلى صائغ ، فقال : دفعته فطالبه الموكل ببيانه ، قال القفال : يلزمه البيان فلو امتنع صار متعديًا حتى لو بينه بعد ذلك ، وكان قد تلف في يد الصائغ لزمه الضمان .

قال القفال : والأصحاب يقولون : لا يلزمه البيان . انتهى .

قال في « الروضة » : هذا المنقول عن الأصحاب ضعيف أو خطأ .

قلت : يقرب من هذه المسألة ما إذا كانت عنده شهادة سمعها اتفاقًا أو تحملها قصدًا أو لم يعلم بها صاحب الحق ، فيستحب له اعلامه بها كما

(١) في جـ : إذا وجدت .

جزم به ابن الرفعة في « الكفاية » في الكلام على المبادرة بالشهادة .

وليس في الشرحين و « الروضة » تصريح بشيء ، بل سياق مثله فيهن يسعر بالوجوب ، فإن ثبت ذلك فالوجوب هنا بطريق الأولى .

قوله : قال لرجل : بع عبدك لفلان بألف ، وأنا أدفعه إليك فباعه له ، قال ابن سريج : يستحق البائع الألف على الآمر دون المشترى ، فإذا غرم الآمر رجع على المشتري . انتهى كلامه .

وما ذكره الرافعي هنا عن ابن سريج واقتصر عليه فالصحيح خلافه ، كذا صرح به الرافعي في كتاب البيع في الكلام على البيوع المنهى عنها .

واعلم أن ما قاله ابن سريج مخالف لما قاله الأصحاب من ثلاثة أوجه:

أحدها : لزوم الألف للآمر ، لأنه إن وعد فالوعد لا يجب الوفاء به ، وإن ضمن لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب ولا جرى سبب وجوبه .

والثاني : عدم مطالبة المشترى ، لأن الوعد لو وجب والضمان لو صح لم يكن مسقطًا لمطالبة الديون لأن الثمن على المشترى ، ولم يؤخذ من الملتزم ما يقتضي عدم وجوبه عليه ، ولهذا أجاب بالرجوع .

والثالث : حكمه بالرجوع بدون إذن المشتري سواء قلنا بالوعد أو بالضمان ، وسكوت الرافعي هنا على نقله غريب .

ونقل الماوردي عن ابن سريج مسألة أخرى قريبة من هذه فقال : لو قال لرجل : بع عبدك هذا على زيد بألف درهم وهي عليَّ دونه ، **فله حالان :**

أحدهما : أن يكون هذا الآمر هو المتولى للعقد فيصح ، ويكون مشتريًا لغيره بثمن في ذمته فيعتبر حال زيد المشترى له ، فإن كان مولاً عليه أو أذن فيه كان الشراء للعاقد .

الحال الثاني : أن يكون زيد هو العاقد فوجهان :

أحدهما : يصح ويكون العقد لزيد بلا ثمن ، والثمن على الضامن الآمر . قاله ابن سريج .

والثاني ـ وهو الصحيح ـ : أن البيع باطل ، لأن عقد البيع ما أوجب بتمليك المبيع عوضًا عن المالك ، وهذا مفقود هنا فبطل .

فعلى هذا لو قال : بع عبدك بألف درهم على زيد وخمسمائة عليّ، ففعل فعن ابن سريج : العقد صحيح ، وعلى المشترى ألف درهم ، وعلى الآمر خمسمائة .

وعلى الصحيح العقد باطل ، هذا كلام الماوردي ، ومسألة ابن سريج فيه صورتها أن يكون الثمن على غير المشترى وهى غير صورة الكتاب ، ولم يستحضر في الروضة هنا ما ذكره الرافعي في البيع .

واعترض على ما نقله عن ابن سريج فقال : الصواب أنه لا يلزم الأمر شيء لأنه ضمان ما لم يجب ، ولا جرى سبب وجوبه .

واستشكل الرجوع بأن من قضى دين غيره بغير إذنه لا يرجع قطعًا ، وما قاله جميعه يدل على ما قلناه من أن الثمن في صورة الكتاب على المشتري غير أن البائع لا يطالب .

ثم نقل ـ أعني النووي ـ كلام الماوردي متوهمًا أنها المسألة حتى قال في آخرها : إن ما نقله الرافعي عن ابن سريج من الرجوع مخالف لما نقله الماوردي عنه ، وهذا الذي قاله ليس كذلك فاعلمه .

وقال في الباب الرابع من أبواب الخلع : قال لرجل : بع عبدك لفلان بكذا وعليّ ألف ، فباعه لم يستحق على القائل شيء ، وقال الداركي : يحتمل أن يستحق كالتماس الطلاق والعتق ، ولو قال : [بعه] [1] عبدك بألف في مالى لم يستحق على القائل شيئًا ، هذا كلامه .

---

(١) في جـ : بع .

قوله : وإذا قال : اشترِ لي عبد فلان بثوبك هذا ، أو بدراهمك ففعل حصل الملك للآمر ، ورجع عليه المأمور بالقيمة أو المثل ، وفي وجه لا يرجع إلا أن يشترط الرجوع . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن شراء الوكيل للموكل يصح تارة بالنية وتارة بالتصريح ، ولا يكفي في هذه المسألة أن يقتصر على النية ، حتى لو اقتصر عليها وقع العقد للوكيل دون الموكل ، كذا جزم به الرافعي في كتاب البيع في أول الكلام على الشرط الثالث من شروط البيع ، وتبعه عليه في « الروضة » .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد ذكر بعد هذا الموضع بنحو صفحة ما يشكل على ما ذكره في هذه المسألة فقال : قال لرجل : أسلم في كذا وأدِّ رأس المال من مالك ثم ارجع عليّ .

قال ابن سريج : يصح ويكون رأس المال قرضًا على الآمر .

وقيل : لا يصح ، لأن القراض لا يتم إلا بالإقباض ، ولم يؤخذ من المستقرض قرض . انتهى .

زاد في « الروضة » على هذا فقال : قلت : الأصح عند الشيخ أبى حامد وصاحب « العدة » أنه لا يصح .

قال الشيخ أبو حامد : وهذا الذي قاله أبو العباس سهو منه ، قال : وقد نص الشافعي ﷺ في كتاب الصرف أن ذلك لا يجوز والله أعلم . هذا كلامه .

وقد سبق في الكلام على شروط المبيع طرف صالح من هذه المسألة فراجعها .

قوله : ولو وكله عمرو في استيفاء دينه من زيد فقال زيد : خذ هذه العشرة قضاءاً لدين فلان [فهذا محتمل لكونه وكيله في إعطاء عمرو ولكونه أعطاه بوكالة . انتهى] (١) .

قال في « الروضة » : المختار أنه عند الإطلاق إقباض بوكالة عمرو .

قوله من « زياداته » : قال في « الحاوي » : لو شهد لزيد شاهدان عند الحاكم أن عمراً وكله ، فإن وقع في نفس زيد صدقهما جاز له العمل بالوكالة ، ولو رد الحاكم شهادتهما لم يمنعه ذلك من العمل بها ، لأن قبولها عند زيد خبر ، وعند الحاكم شهادة .

وإن لم يصدقهما لم يجز له العمل بها ، ولا يغني قبول الحاكم شهادتهما عن تصديقه . انتهى .

واعلم أنه ينبغي تصوير هذه المسألة بما إذا كان زيد المشهود له هو الذى ادعى وأقام الشهادة لا غيره ، ففي الرافعي في باب القضاء على الغائب: أن المدعى لو تعلق بشخص وقال : أنت وكيل فلان الغائب ، ولم يعلم الوكيل فقال لا أعلم ، فهل للمدعي إقامة البينة على وكالته ؟ وجهان :

أصحهما : لا ، لأن الوكالة حق له فكيف يقام بينة بها قبل دعواه ؟ .

قوله : قال : اشترِ لي عبد فلان بثوبك هذا أو بدراهمك، ففعل حصل الملك للآمر ، ورجع عليه المأمور بالقيمة أو المثل ، وفي وجه ضعيف: لا يرجع إلا إذا شرط عليه الرجوع . انتهى .

هذه المسألة فيها تفصيل ذكره الرافعي في الشرط الثالث من شروط البيع .

قوله أيضًا من « زياداته » : الرابعة : وكله أن يتزوج امرأة ، ففي اشتراط

---

(١) سقط من جـ .

تعينها وجهان في « البيان » وغيره، والأصح أو الصحيح الاشتراط والله أعلم .

وما قاله ـ رحمه الله ـ من تصحيح البطلان ،قد رجح خلافه في كتاب النكاح في الطرف الخامس من باب بيان الأولياء وأحكامهم .

والغريب أنه أيضًا من « زياداته » كما ستعرفه .

الباب الثالث
في الاختلاف

قوله : ولو وكله في شراء جارية فاشتراها الوكيل بعشرين وزعم أن الموكل أذن فيه ، وقال الموكل : ما أذنت إلا في الشراء بعشرة ، نظر إن وقع الشراء بالعين ، ولم يذكره في العقد ، وقال بعده : إني اشتريت له وصدقه البائع فالعقد باطل . انتهى .

تابعه في « الروضة » على البطلان إذا صدقه أن الشراء وقع للغير مع أنه لابد من شرط أخر . ذكره في « المحرر » و « المنهاج » وهو الاعتراف بأن المال الذي اشتراه به لغيره ،لأنه لو قال لغيره : اشترِ لي كذا بدراهمك فاشتراه له ، ولم يصرح باسم الوكيل ، بل نواه فإنه يقع لنفسه كما ذكره الرافعي في كتاب البيع في الكلام علي بيع الفضولي .

فإذا كان كذلك فلا يلزم من اتفاقهما على أن الشراء للغير أن يبطل العقد ، بل لا بد مع ذلك من الاتفاق على كون المال لغيره.

قوله : وإن كذبه البائع وقال : إنما اشتريته لنفسك والمال لك، حلف على نفي العلم بالوكالة . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه كيف يستقيم الحلف على نفي العلم، مع أن الحلف يكون على نفي الجواز ، وهو لم يجب بنفي العلم بل أجاب بالبت.

الثاني : كيف يصح الاقتصار في التحقيق على نفي العلم بالوكالة مع أنه لو أنكر الوكالة ، ولكن اعترف بأن المال لغيره كان كافيًا في إبطال البيع، فينبغي أن يحلف على نفي العلم بهما جميعًا كما يجب بهما

جميعًا، بل يكفي التحليف على المال لما ذكرناه فتأمله .

قوله : وإن كان الشراء فـي الذمة، نظر إن لم يسم الموكل بل نواه كانت الجارية للوكيل والشـراء له ظاهر ، وإن سماه فإن صدقـه البائع بطل الشراء لاتفاقـهما على أنه للغيـر ، وإن كذبه وقال : أنت مـبطل في تسميتـه، فهل يكون كـما لو اقتـصر على النيـة أم يبطل الشراء ؟ وجـهان : أصـحهـما : صحته ووقوعه للوكيل . انتهى .

وما ذكره ها هنا من بطلان الشراء لأجل اتفاقهما على أنه للغير ، وقد سبق منه في أواخـر الباب الذي قـبله ما يخالف فـإنه قال : وأمـا الشراء المخالف لأمر الموكل فإن وقع بعين مال الموكل فباطل ، وإن وقع في الذمة نظر إن لم يسـم الموكل وقع عن الوكـيل ، وكـذا إن ســمـاه على أصح الوجهين ، وبلغوا التسمية لأن تسميـة الموكل غير معتبرة في الشراء ، فإذا سماه ولم يكن صرفه إليه صار كأنه لم يسميه .

والثاني : العقد باطل . هذا ملخص ما ذكره قبله .

قوله : فـإن قبلنا قول الموكل بيـمينه ،فإن كـان الوكيل صادقًا فـالجارية للموكل ، وللـوكيل عليه الثـمن ، فهو كـمن له على رجل دين فظفر بغـير جنس حقه من ماله فيبيعه .

ثم قال مـا نصه : وهل يـباشر البـيع بنفســه أم يرفع الأمر إلى الـقاضي حتي يبيعه ؟ فيه وجهان :

الأصح ها هنا : أن له بيعها بنفســه ،لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع لأن المظفـور بماله في سائر الـصور يدعي المال لنفسه ، وتــسلط غيـره عليه قـد يستبعد ، وها هنا الموكل لا يدعي المال لنفسه . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا ، وكذلك النووي في «الروضة» ومقتـضاه أن الظافر بغير جنس حـقه في باقي الصور لا يستقل ببـيعه على

الصحيح ، لكن في التحالف: أنه يستقل على الأصح .

قوله في « الروضة » : فرع : دعوى الوكيل تلف المال مقبولة بيمينه قطعًا ، وكذا دعواه الرد إن كان بلا جعل ، وإن كان يجعل على الأصح ، وقد ذكرناه في كتاب الرهن . انتهى كلامه .

وما تلخص منه في الوكيل بالجعل من عدم الخلاف عند التلف هو ما يقتضيه كلام الرافعي أيضًا ، وليس كذلك .

فقد حكى عن أبي علي الطبري أن فيه الخلاف في الرد .

وحكاه أيضًا الماوردي في كتاب الإجارة ، لكن في نفس الموكل فيه كالعين التي يبيعها دون مقابله كالثمن .

وإن اختلفا في قبض الثمن فقال الوكيل : قبضته وتلف في يدي أو دفعته إليك وأنكر الموكل ،فالأظهر أنهما إن اختلفا قبل تسليم المبيع فالقول قول الموكل، وإن كان بعده فالقول قول الوكيل .

ثم قال : وإذا صدقنا الوكيل فحلف ففي براءة ذمة المشتري وجهان : أصحهما عند الإمام : نعم لقبولنا قوله .

[قوله] (١) : وأصحهما عند البغوي : لا، لأن الأصل عدم الأداء وإنما قبلنا من الوكيل في حقه لائتمانه . انتهى .

ذكر في « الروضة » مثله أيضًا ، وما صححه الإمام قد سبقه إلى تصحيحه القاضي حسين .

قوله في المسألة : فإن قلنا بالبراءة فوجد به عيبًا رده على من شاء منهما وغرمه الثمن ، ولا يرجع أحدهما على الآخر .

ثم قال : ولو خرج المبيع مستحقًا ،قال في « التهذيب » : يرجع المشتري

(١) سقط من جـ .

بالثمن على الوكيل لأنه دفعه إليه ، ولا رجوع له على [الموكل لما مر انتهى.

وأشار الرافعى بقوله ولا رجوع له ـ أى للوكيل ـ] (١) ، وهو صحيح .

وأما ما نقله عن صاحب « التهذيب » وأقره عليه من اختصاص رجوع المشتري بالثمن في هذه الحالة على الوكيل، فقد قاله أيضًا القاضي حسين والمتولي ، وجزم به في « الروضة » وليس الأمر كذلك فاعلمه .

فقد سبق في الكلام على العهدة أن للمشتري مطالبة الوكيل والموكل بالثمن عند خروج المبيع مستحقًا في أصح الأوجه والمذكور هنا هو أحد تلك الأوجه .

قوله : وإذا ادعى قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ لم يقبل إلا ببينة على الصحيح . انتهى كلامه .

وهو يوهم أن الأب والجد يقبل قولهما ، وليس كذلك، فقد جزم ابن الرفعة في « الكفاية » بأن حكمهما كذلك وكلام الشيخ في « التنبيه » كالصريح فيه .

قوله : ومن لا يقبل قوله في الرد كالغاصب إن كان عليه بينة بالأخذ فله أن يمتنع من الدفع إلا بالإشهاد ، وإلا فوجهان :

أصحهما عند البغوي : له الامتناع .

والثاني : المنع لأنه يمكنه أن يقول : ليس عندي شيء ويحلف عليه ، وهذا ما أورده العراقيون . انتهى .

عبر في « الروضة » بقوله : وبه قطع العراقيون ، وليس التعبير بصحيح ، فإن الماوردي من العراقيين ، وقد جزم بالامتناع .

---

(١) سقط من جـ .

وحكى القاضي أبو الطيب وجهين ، وكذلك ابن الصباغ ، واختار ـ أي ابن الصباغ ـ التفصيل بين أن يؤدي إلى تأخير التسليم أم لا .

قوله : إذا كان عليه دين لزيد فقال رجل : أنا وارثه فصدقه وجب الدفع إليه على المنصوص . انتهى .

صورة المسألة أن يقول : هو وارثه لا وارث له غيره .

كذا صرح به في « الكفاية » ، وهو يؤخذ من كلامهم في الدعاوى [قوله : وإن قال أنا وكيله بالقبض منك فأقبضنيه وصدقه في دعوى] (١) الوكالة ، فله دفعه ، فإن دفع فحضر زيد وأنكر الوكالة فالقول قوله ويطالب الدافع ، وهل له مطالبة القابض نظر إن تلف المدفوع عنده فلا .

وكذا إن كان باقيًا على الأصح ،لأن الآخذ فضولي بزعمه .

وقال أبو إسحاق والشيخ أبو حامد : له مطالبته لأنه في معنى وكيل بالدفع .

ثم قال : فإن لم يصدقه [فلا يكلف الدفع إليه، فإن دفع ثم حضر زيد وحلف على نفى الوكالة غرم الدافع وكان له أن يرجع على القابض ديناً كان أو عيناً لأنه لم يصرح بصدقه] (٢) . انتهى كلامه .

وما اقتضاه كلامه من جواز الدفع عند التكذيب مسلم في الدين، لأن الذي يعطيه ملكه .

وأما في العين فلا، لأنه تصرف في ملك الغير ، وأما ما نقله عن الشيخ أبي حامد من جواز المطالبة ، فقد نقل عنه الماوردي عكسه .

قوله : وكل يقبض دين أو استرداد وديعة فقال المديون والمودع : دفعت، وصدقه الموكل ، وأنكر الوكيل هل يغرم الدافع بترك الإشهاد ؟ وجهان كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الإشهاد . انتهى .

والأصح منهما على ما قاله في « الروضة » أنه لا يغرم .

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

كتاب الإقرار

وفيه أربعة أبواب :

الباب الأول
في أركانه

وهي أربعة :

قوله : والإقرار إخبار عن حق سابق . انتهى .

واعلم أنه لابد من تقييد هذا الحـق بكونه على المخبر، لأنه إن كان له على غيره فدعوى ، وإن كان لغيره على غيره فشهادة .

قوله : وقول الغزالي : ينفذ إقراره بكل مـا يقدر على إنشائه يحتاج إلى استثناء صورة ... إلى آخره .

لم يتكلم على عكس هذه القاعدة ، وهو أن من لا يقدر على الإنشاء لا يقدر على الإقرار ، **وتستثني منها مسائل :**

إحداها : إقرار المرأة بالنكاح .

والثانية : إقرار المجهول بالحرية ، فإنه مقبول منه ،مع أنه لا يقدر على إنشائه . وهاتان المسـألتان استـثناهما الشـيخ عز الدين بن عبـد السلام في «القواعد الكبرى » واقتصر عليهما .

الثالثة : إقرار المفلس ببيع عين من الأعيان التي في يده .

الرابعة : إقرار الأعمى بالبيع أيضًا .

الخامسة : إقرار المريض لوارثه بأنه كان قد وهب وأقبضه .

السادسة : الإقرار [بالنسب] (١) .

قولـه : ولو ادعى أنه بلغ بالاحتـلام، أو ادعت الجارية البلوغ بالحـيض

---

(١) في جـ : بلا سبب .

في وقت إمكانه صدقا ، وإن فرض ذلك في خصومة لم يحلفا، لأنه لا يعرف ذلك إلا من [جهتهما فأشبه ما إذا علق العتق بمشيئة الغير ، فقال : شئت يصدق من][1] غير يمين . انتهى كلامه .

وما ذكره في التعليق بالمشيئة تابعه عليه في « الروضة »، لكن سيأتيك في تعليق الطلاق أن التعليق على الغير لا يشترط فيه الفور ولا الرضى بالقلب ، بل المعتبر التلفظ ولو كان كارهًا .

وحينئذ فلا يستقيم ما ذكره من كونه لا يعلم إلا من جهتها ، وإنما يستقيم على من يعتبر الرضى بالقلب .

قوله : وفي « التهذيب » وغيره: أنه إذا جاء واحد من الغزاة يطلب سهم المقاتلة ، وذكر أنه احتلم حلف وأخذ السهم ، فإن لم يحلف فوجهان . انتهى .

والصحيح أنه لا يعطى ، كذا صححه الرافعي في كتاب الدعاوى .

وما قاله الرافعي في هذه المسألة من التحليف مشكل مخالف لما سبق قبله .

فإن ذكر أن الصبي إذا وقعت له مخاصمة وادعى فيها البلوغ بالاحتلام لا يحلف لأنهما إن صدق فلا يحلف وإن كذب فكيف يحلف، وذكر المسألة أيضًا في أول هذا الباب من « المحرر » وصحح عدم التحليف، وتبعه عليه في « المنهاج » .

قوله : ولو أطلق المأذون الإقرار بالدين ، ولم يبين جهته فينزل على دين المعاملة ، أو لا ينزل على ذلك لاحتمال أنه أراد دين الإتلاف، أي حتى لا يقبل في حق السيد . فيه وجهان : أظهرهما : الثاني . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من ب .

تابعه في « الروضة » على إطلاق ذلك ، لكن هذا صحيح إذا تعذرت مراجعة المأذون ، فإن أمكنت المراجعة روجع لأن إقراره مقبول .

وقد ذكر النووي هذا الاستدراك في نظير هذه المسألة ، تقدم ذكره في أوائل الفلس .

قوله : وإذا أقر العبد بدين إتلاف أو غيره ، وصدقه سيده فبيع وبقي من الدين شيء فهل يبيع إذا أعتق ؟ فيه قولان مذكوران في الجنايات . انتهى .

والصحيح أنه لا يبيع به ، قال في « الروضة » من « زياداته » : إنه الجديد .

واعلم أن هذين القولين مستنبطان لا منصوصان على خلاف ما يوهمه هنا كلام الرافعي والنووي ، كذا ذكره الرافعي في كتاب الديات .

قوله من « زياداته » : قال البغوي : كل ما قبل إقرار العبد فيه كالعقوبات فالدعوى فيه تكون على العبد ، وما لا يقبل كالمال المتعلق برقبته إذا صدقه السيد فالدعوى على السيد ، فإن ادعى في هذا على العبد إن كان له بينة سمعت ، وإلا فلا .

فإن قلنا : اليمين المردودة كالبينة سمعت رجاء نكوله ، وإن قلنا : كالإقرار فلا . انتهى كلامه .

وما نقله هنا عن البغوي من جواز الدعوى على العبد إذا كانت له بينة، وأقره عليه خلاف الراجح فاعلمه .

وكذلك أيضًا إذا لم تكن له بينة ، وجعلنا اليمين المردودة كالبينة ، فإن الصحيح على القول بأنها كالبينة أنها لا تتعدى إلى ثالث ، بل تختص بالمتداعيين ، وقد ذكر المسألة على الصواب في المسألة الخامسة من الباب الثاني في جواز الدعوى ، وذكر الأمرين اللذين ذكرتهما مع زيادات أخرى فراجعها .

قوله : ويصح إقرار المريض لوارثه في أصح القولين .

ثم قال : فإن قلنا : لا يقبل، فالاعتبار بكونه وارثًا بحال الموت أو بحال الإقرار ، قيل : فيه وجهان وقيل : قولان : أشهرهما الأول . انتهى .

والصحيح أن الخلاف وجهان ، كذا صححه المصنف في « الشرح الصغير » والنووي في « أصل الروضة »، ووقع في بعض نسخ الرافعي ترجيحه ، فإنه أسقط لفظه قبل .

قوله : ولو أقر في مرضه أنه كان وهب لوارثه وأقبضه في الصحة، أشار الإمام إلي طريقين :

أحدهما : القطع بالمنع لأنه عاجز عن إنشائه .

والثاني : على القولين في الإقرار للوارث ، ورجح الغزالي المنع ، واختار القاضي حسين القبول . انتهى .

قال في « الروضة » : القبول أرجح والله أعلم .

واختار صاحب « الحاوي الصغير » المنع .

إذا علمت ذلك فاعلم أن الخلاف في هذه المسألة مفرع على أن الإقرار للوارث لا يقبل .

فإن قلنا : يقبل وهو الصحيح ، فيصح هنا جزمًا ، كذا ذكره الرافعي في آخر الباب الثاني من أبواب الطلاق ، وكلامه هنا لا ينافيه ، بل يشعر به عند التأمل ، فتفطن له .

قوله : ولو أقر المريض بعين ماله لإنسان ، ثم أقر بدين آخر مستغرق أو غير مستغرق سلمت العين للأول ، ولا شيء للثاني ، ولو عكس فوجهان :

أصحهما : أن الحكم كما في الصورة الأولى، لأن الإقرار بالدين لا يتضمن حجرًا في العين .

ألا ترى أنه ينفذ تصرفاته فيه .

والثاني : يتزاحمان . انتهى .

وما ذكره في آخر كلامه يشعر بنفوذ التبرعات من المريض الذي عليه ديون مستغرقة ، وليس كذلك ، فقد صرح بعدم النفوذ في كتاب الوصية قبيل الكلام على المسائل الحسابية .

وحينئذ فيحمل ما قاله هنا من عدم الحجر ونفوذ التصرفات على ما لا تبرع فيه .

نعم لو قضى في مرضه ديون بعض الغرماء لم يزاحمه غيره إن وفى المال بجميع الديون ، وكذا إن لم يف على الصحيح المعروف ، قاله الرافعي في الوصية .

قوله : وقول « الوجيز » : ولو قال : نسئت الحمار على ألف لزمه لمالكه المرارد ما إذا صرح بأنه لمالكه ، وإلا لم يلزم أن يكون لمالك الدابة في الحال، ولكن نسأل ونحكم بموجب بيانه . انتهى .

وتوجيه ما قاله أنه يحتمل أن يكون الغرم لغير مالكها بأن يكون أتلف شيئًا على إنسان وهي في يد المقر كما قاله الإمام ، وأن يكون لمن كان مالكًا ، فلذلك استفسر .

قوله : الثانية : إذا قال : لحمل فلانة على ألف فله ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يسنده إلى جهة صحيحة بأن يقول :

ورثه من أبيه، أو أوصى به فلان له فيعتبر إقراره .

ثم إن انفصل ميتًا فلا حق له .

وإن انفصل حيًا، فإن انفصل لما دون ستة أشهر من يوم الإقرار استحقت ، وإن انفصل لأكثر من أربع سنين فلا لتيقن عدمه يومئذ، فإن

أشهر أو لأكثر ولدون أربع سنين ، فإن كانت مستفرشة لم يستحق ، وإلا فقولان : أظهرهما : الاستحقاق . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما دل عليه كلامه من اعتبار المدة من حين الإقرار قد تابعه عليه في « الروضة » ،وكيف يستقيم القول به؟ ، بل الصواب اعتبارها من حين سبب الاستحقاق ،لأن وجوده عند الإقرار مع عدمه عند تسبب الاستحقاق لا يفيد .

الأمر الثاني : أن هذا الترجيح الذي ذكرته، قد صرح به الرافعي في الشرحين « الكبير » و « الصغير » وعبر بالأظهر كما عبرت به ، وحذفه النووي من « الروضة » حالة اختصاره، ثم ذكره من « زياداته » وهو غريب .

قوله في المسألة : وإن أطلق صح أيضًا في أصح القولين ويحمل على الجهة الممكنة .

ثم قال : فإن أسنده إلى جهة فاسدة بأن يقول : أقرضته، فإن لم يصح الإقرار بالمطلق فهو أولى ، وإن صححناه فطريقان :

أحدهما : أنه على القولين في تعقيب الإقرار بما يدفعه .

وأظهرهما : الصحة ،لأنه عقبه بما هو غير معقود ، ولا منتظم فأشبه ما إذا قال له : على ألف لا يلزمني . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، وحاصله أن الأصح القطع باللزوم ، ثم ذكر ما يخالفه في « المحرر » فقال : وإن أسنده إلى جهة لا تفرض في حقه فهو لغو . هذا لفظه ، وهو تباين فاحش .

وقد استدرك في « الروضة » على ما قاله هنا ، وصحح عدم اللزوم

كما في « المحرر » و « المنهاج » .

قوله : وإذا أقر بمال فكذبه المقر له ترك في يده ، وقيل : ينزعه الحاكم .

وقيل : يجبر المقر له على القبول ، وهو بعيد .

ثم قال : قال الشيخ أبو محمد : موضع الخلاف ما إذا قال المقر : هذا المال لفلان فكذبه .

فأما إذا قال للقاضي : إن في يدي مالاً لست أعرف مالكه، فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه ، وأبعد بعضهم فلم يجوز انتزاعه هنا أيضًا . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي نقله عن الشيخ أبى محمد فيما إذا أقر به لغير معروف ، وأقره عليه ، وتابعه النووي فيه، ليس هو الصحيح فافهمه .

فقد ذكر في أربعة مواضع من هذا الكتاب ما يخالفه :

أحدها : في هذا الباب في آخر الكلام على هذا الركن فقال : إذا قال: لو أخذ من بني آدم ولا طالب له فيبقى في يده .

الثاني : في باب دعوى الدم والقسامة فقال : إنه مال ضائع ، وفي مثله خلاف مشهور ، هذا لفظه .

والمال الضائع له إمساكه في يده ، وله إعطاؤه للحاكم كما ذكر في الزكاة في الكلام على الركاز وفي غيره أيضًا .

الثالث : في أول كتاب الدعاوى ، فإنه حكى فى ذلك وجهين ثم صحح أن الحاكم لا ينزعها .

الرابع : في الكتابة في الكلام على ما إذا أتى المكاتب بالنجوم فادعى السيد أنه مغصوب ، وعبر في هذا الموضع وفيما قبله بالأصح .

الأمر الثاني : أن هذه الأوجه تجرى في الدين كما تجرى فى العين ، وقد صرح به الرافعي في مواضع، منها :كتاب الشفعة في الكلام على ما إذا ادعى الشفيع الشراء وأنكر الذي بيده الشقص ، وسوف أذكر المسألة هناك إن شاء الله تعالى ، لكنه فيها يحتاج إلى التنبيه فراجعه .

وصرح به أيضًا الرافعي بعد هذا بقليل قبيل الركن الثالث ، ووقع في « الكفاية » و « المطلب » أن الخلاف محله في العين .

قال في « المطلب » : وأجراه ابن يونس شارح « التنبيه » في الدين أيضًا ، ولم أره لغيره .

وما قاله ابن الرفعة غريب ، وقد نبهت عليه في كتاب « الهداية إلى أوهام الكفاية » .

قوله : ولو رجع المقر عن الإنكار وصدق المقر فقد حكى إمام الحرمين الجزم بقوله : وتسليم المقر إليه ، ولكن الأظهر وهو الذي أورده المتولي وغيره : تفريعه على الخلاف السابق إن قلنا : يترك في يد المقر ، فهذا حكم منا بإبطال ذلك الإقرار ، فلا يصرف إلى المقر له إلا بإقرار جديد ، وإن قلنا: ينزعه القاضي ويحفظه فكذلك لا يسلم إليه ، ولو أراد إقامة البينة على أنه ملكه لم يسمع ، وإنما يسلم إليه إذا فرعنا على الوجه البعيد . انتهى كلامه .

وما قاله لا يستقيم إلا على ذلك البعيد وهو القائل بأن المقر له يجبر على القبول لا يحتاج إلى رجوع ، وليس التفريع عليه ، فإذا لم يعطه إليه إلا على هذا الوجه البعيد لم يستفد من التفريع زيادة .

وذكره لهذا الكلام تطويل بلا فائدة ، فكان ينبغي أن يقول : ولكن الأظهر أن حكمه كما لو رجع .

قوله : واستثنى صاحب « التلخيص » ثلاث ديون ، ومنع الإقرار بها :

أحدها : الصداق في ذمة الزوج لا تقر المرأة به .

والثاني : بدل الخلع في ذمة المرأة لا يقر الزوج به .

والثالث : أرش الجناية على الحر لا يقر به المجني عليه، لأنه لا يكون لغيرهم .

وحمل الأئمة ما ذكره على ما إذا أقربها عقب ثبوتها، بحيث لا يحتمل جريان ناقل ، لكن سائر الديون أيضًا كذلك ، فلا ينتظم الاستثناء ، بل الأعيان كذلك حتى لو أعتق عبده ، ثم أقر[أنه للسيد أو غيره] (١) بدين أو[عين] (٢) لم يصح . انتهى ملخصًا .

تابعه عليه في « الروضة » **وفيه أمور :**

أحدها : أن هذا الحمل الذي ذكره وعزاه إلى الأئمة واقتضى كلامه الاتفاق عليه ليس كذلك ، فقد نقل أبو حاتم القزويني في كتاب « الحيل » له ما حاصله : أن المشهور أنه لا فرق في عدم الصحة ، عبر بقوله : لم يصح ذلك على المعول من المذهب ، فلو أن هذا المقر قال : هذا لفلان بحق الحوالة الصحيحة لزمه الإقرار . هذا لفظه .

فلم ينظر إلى مضي الزمن وعدمه ، بل إلى وجود هذا اللفظ وعدم وجوده ، فجعل إيصاله موجبًا بالاتفاق وإن لم يمض زمن ، وعدمه محلاً للخلاف فتأمله .

الأمر الثاني : أن دعواه اطراده في سائر الديون ليس كذلك .

فأمر إذا باعه مثلاً سلعة ثم أقر له بثمنها ، فيجوز أن يكون وكيلاً عنه في البيع ، فيكون الإقرار صحيحًا ، وهكذا في القرض والإجارة والصلح، ومثل هذا لا يأتي في مسائل صاحب « التلخيص » .

الأمر الثالث : أن الحصر في الثلاث غير مستقيم ، فإن المتعة والحكومة

---

(١) في جـ : له .

(٢) في أ : عتق .

والمهر الواجب عن وطء الشبهة وأجرة بدن الحر كذلك .

قوله : ولو أقر بحرية جارية قبل نكاحها منه ـ أى ممن يدعي رقها ـ لم يحل له وطئها . انتهى .

وهذا الكلام ليس على إطلاقه ، بل ينبغي كما قاله في « الروضة » أن يقال : إن أقر أن زيدًا أعتقها ، ولم يكن لها عصبة صح تزويجه، لأنه إما مالك ، وإما ولى حرة .

والذي قاله متجه ، لكن ينبغي أن يضم إليه أن النكاح وقع بإذنها، وإلا فلا يأتي ما قاله لأنه غير صحيح على تقدير أن يكون وليًا .

قال الماوردي : ولا فرق هنا في نكاح المقر بين أن يكون ممن يحل له نكاح الأمة أم لا ، وكأنه نظر إلى إقراره بالحرية ، وهو مشكل لأنا لم نصدقه فيما يتعلق بالسيد ، ولهذا أوجبوا عليه المهر .

وحينئذ فيكون أولاده أرقاء ، ويلزم منه أن يمتنع النكاح إلا عند وجود الشرائط ، ثم إن القول بصحة النكاح من أصله مشكل ، فإن البيع إنما صححناه لما يترتب عليه من الحرية .

ولهذا جعلناه افتداء من جهته ، وأما النكاح فإن مقصوده وهو استباحة الوطء لا يترتب عليه ، وهذا شرط في صحة النكاح ، ثم إنه إذا امتنع تسليمها وامتنعت الخلوة بها لزم امتناع تسليم المهر .

قوله : ولو قال له قبلي ألف ، قال في « التهذيب » : هو دين ، ويشبه أن يكون صالحًا للدين والعين جميعًا . انتهى .

وهذه المسألة ليست في « المحرر » ولا في « الشرح الصغير »، والذي ذكره فيها على سبيل التفقه واختاره قد سبقه إليه الماوردي في « الحاوي »، وتبعه عليه أيضًا النووي وهو خلاف مذهب الشافعي ، فإنه قد نص في «الأم » على ما إذا قال له : على ألف درهم، ثم فسرها بوديعة وأجاب

فيها بما قاله الأصحاب من كونه لا يقبل إلا إذا كان متصلاً ، ثم قال ما نصه : وكذلك لو قال له : قبلي ألف درهم فوصل الكلام أو قطعه كان القول فيها مثل المسألة الأولى إذا وصل أو قطع . هذا لفظه بحروفه ، ومن « الأم » نقلته .

ذكره في باب الإقرار والمواهب ، ووقوع مثل هذا الموضع في هذا الكتاب ينشأ عنه فساد كبير في الحكم والإفتاء حيث تكون المسألة منصوصة لإمام المذهب ، ثم يقتصر الرافعي على نقلها عن متأخر معدود في المصنفين لا يتوقف المتوقف في مخالفته ، ولا يهاب الإقدام على رد مقالته بما ظهر له .

فحينئذ يخالف المذكور بما يظهر له لعدم وقوعه على غيره ، ثم يقلده فيه من يأتي بعده فيحكم به ، ويفتي كما وقع في هذه المسألة وأمثالها ، ولبادروا إلى الجواب بما قاله الرافعي ، وزعموا أنه مذهب الشافعي كما وقع هنا لصاحب « الحاوي الصغير » فإنه أجاب به، فنسأل الله الكريم الهداية إلى الصواب .

قوله من « زياداته » : وقولنا : إقرار بالعين معناه أنه يحمل عند الإطلاق على أن ذلك عين مودوعة له عنده . قاله البغوي .

قال : حتى لو ادعى بعد الإقرار أنها كانت وديعة وتلفت، أو رددتها قبل قوله بيمينه ، بخلاف ما إذا قلنا : إنه دين فإنه لو فسر بالوديعة لم يقبل، وإذا ادعى التلف لم ينفعه ، بل يلزمه الضمان . انتهى كلامه .

وما ذكره عن البغوي وأقره عليه من أنه لا يقبل منه فيما صرفناه إلى الدين تفسيره بالوديعة ، ودعوى تلفه أو رده قد ذكر بعده في الباب الثالث المعقود لتعقيب الإقرار بما يرفعه ما حاصله رجحان مخالفة هذا فقال : لو قال له : علي ألف ثم ادعى بعد الإقرار أنها وديعة وأنها تلفت ، فالذي

نقله الإمام عن الأصحاب : أنه لا يقبل ، وهو مشكل دليلاً ونقلاً .

أما الدليل : فكذا . وأما النقل : فمقتضي كلام غيره تصديقه .

وقد صرح به صاحب « الشامل » في موضعين من الباب . انتهى ملخصًا .

وصرح بتصحيحه في « المحرر » و « المنهاج » .

نعم إن قال : في ذمتي له كذا لم يقبل تفسيره بالعين على الصحيح .

قوله : إذا قال : لي عليك ألف فقال في جوابه : أو خذ أو استوف ، أو اتزن بهمزة الاستفهام لم يكن إقرارًا ، لأنه ليس بالتزام، ولأنه بذكر للاستهزاء ، وقيل : الأخير إقرار .

ولو قال : زنه أو خذه فليس بإقرار .

وقال الزبيدي في « الكافي » : إنه إقرار ، ولو قال : شده في هميانك أو اجعله في كيسك واختم عليه فهو كقوله : زنه . انتهى .

وهذا الذي نقله عن « الكافي » مردود ، فقد راجعت كلامه في كتاب الإقرار ، وهو بعد نصف الكتاب بقليل فرأيته لم يذكر ذلك إلا مع المضارع بهمزة الاستفهام .

ولم يذكر ما ذكره الرافعي من ألفاظ الأمر بالكلية ، والمضارع المذكور أولى بالوجوب من الأوامر، بدليل الوجه الذي حكيناه عن الرافعي .

وحينئذ فلا يلزم من الوجوب مع المضارع وجوبه في الأوامر ، بل رأيته قد خالف ذلك بالنسبة إلى المضارع أيضًا في كتابه المسمي «بالمسكت » في باب الإقرار وهو قريب من أواخر الكتاب ، فإنه نقل عن العراقيين من أصحابنا هذه التفرقة في المضارع ،ثم قال : وهما في القياس عندي واحد لأنه يقال : اتزن من فلان أو اتزن ممن لك عليه ، وهكذا إذا قال :

اتزنها. فهو محتمل لما وصفناه .

نعم إذا قال : اتزنها منى فهذا عندى إقرار . انتهى كلامه .

فتلخص أن الصور ثلاثة ، وقد تكلم على جميعها ، لكن مع المضارع خاصة ، وأما مع الأمر فليس له فيها كلام في الكتابين، لا في « الكافي » ولا في الذي لم يقف عليه وهو « المسكت » .

قوله في أصل « الروضة » : ولو قال : أنا مقر به فهو إقرار . انتهى .

واعلم أن الرافعي قد ذكر بعد هذا كلامًا آخر يدل على اشتراط المخاطبة أى بأن يقول : أنا مقر لك به ، فإنه قال : ولو قال : أنا مقر ولم يقل به ،أو قال : لست منكرًا أو أنا أقر لم يكن إقرار الجواز أن يريد الإقرار ببطلان دعواه ،أو بأن الله تعالى واحد ، وهذا يدل على أن الحكم بأن قوله: أنا مقر به إقرار فيما إذا خاطبه فقال : أنا مقر لك به ، وإلا فيجوز أن يريد به الإقرار به لغيره . هذا كلامه .

وهو ظاهر متجه ، وإسقاط النووي له غريب .

قوله : ولو قال : أنا أقر لك به، فوجهان نسب الإمام إلى الأكثرين: أنه إقرار ، وفي « التنبيه » كلام فإن العراقيين والقاضيان الحسين والروياني وغيرهم أجابوا بخلافه لاحتمال الوعد .

ولا يحكي الثاني إلا نادرًا ، لكنه مؤيد بأنهم اتفقوا على أنه لو قال : لا أنكر ما يدعيه كان إقرار عين محمول على الوعد .

ورأيت بعض أصحاب العبادي أجاب بأن العموم إلى النفي أسرع منه إلى الإثبات ، ولهذا عمت النكرة المنفية دون المثبتة . انتهى .

عبر في أصل « الروضة » بقوله : لأن العراقيين والقاضيين حسينًا والروياني قطعوا بأنه ليس كذلك ، فإن القاضي أبا الطيب من كبارهم ،

وقد قال بأنه يكون إقرارًا ، كذا رأيته في الكتاب الذي نقل عنه ، ومصنفه ببعض أصحاب العبادى وهو « الإشـراف » للهروي نقلاً عنه ، ورأيت فيه الفرق الذي ذكره الرافعي ، وهو يقتـضي أن الوعد في المضارع العاري عن لا أقرب من المقترن بها ، وهو بالعكس لأن النحاة مع تسليمهم أن المضارع المثبت يحتمل الحال والاستقبال، اختلفوا في المنفي بلا .

فذهب جمهورهم إلى اختصاصه بالاستقبال ، وقال : الأقلون هو باق على الاحتمال ، وصححه ابن مالك .

وللمسألة إلتـفات أيضًا إلى أن المشتـرك هل يحمل على جميع مـعانيه عند الإطلاق أم لا ؟ فإن حملناه ـ وهو مذهب الشـافعي ـ اتجه القول بأنه إقرار مع المثبت والنفي، لأن المضارع مشترك بين الحال والاستقبال .

قولـه : ولو قال : أبرأني عنه فـإقرار ، وقـيل : لا لقوله تعـالى في حق موسى عليـه الصلاة والسلام : ﴿ فَبَرَّأَهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا ﴾ (١) وتبرأته عـن عيب الأدرة لا تقتضي إثباته هنا . انتهى .

واعلم أن الأدرة بهمـزة مضمومـة ودال مهملة ساكنة وراء مـهملة هي نفخة في الخصية كما سـبق إيضاحه في باب الأحداث ، وكان موسى عليه السـلام يستـتر عند غـسله فكانت بنو إسرائيل يقـولون : إنه آدر ، فـجاء ليغتـسل يومًا فوضع ثوبه على حـجر فمشي الحجـر بثوبه إلى أن أتى إلى مكان فيه مـلأ من بني إسرائيل ـ أى أشرافهم ـ فـتبعه موسـى عليه السلام وجعل يضـربه ويقول : ثوبي حـجر ـ أي : دع ثوبي يا حجـر ـ فرأه بنو إســرائيل ، وليس بـه عِلّة » (٢) رواه مسلم فـي « صحيـحه » بعـبارات مختلفة .

قـوله : اللفظ وإن كان صـريحًا في التـصديق فـقد تـنضم إليه قـرائن

---

(١) سورة الأحزاب : ٦٩ .

(٢) أخرجه البخاري (٣٢٢٣) ومسلم (٣٣٩) من حديث أبي هريرة رضى الله عنه .

تصرفه عن موضعه إلى الاستهزاء والتكذيب ، ومن جملتها الأداء والإيراد وتحريك الرأس الدال على شدة التعجب والإنكار، فيشبه أن يحمل قول الأصحاب . إن صدقت وما في معناها إقرار على غير هذه الحالة.

فأما إذا اجتمعت القرائن فلا يجعل إقرارًا ، أو يقال : فيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة كما لو قال : لي عليك ألف، فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء لك عليّ ألف ، فإن المتولى حكى فيه وجهين . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن تعبير الرافعي بقوله : وألا يراد هو بالدال في آخره ، وكذا نقله عنه ابن الرفعة في « الكفاية » و « المطلب » ومن خطه نقلت ، ومراده بذلك كيفية أداء الكلمة وإيرادها من الضحك معها ، وغير ذلك .

ووقع في « الروضة » بغير دال ظنًا أن المراد الابراء من الدين ، وهذا لا معنى له ها هنا .

الأمر الثاني : أن النووي قد تابعه في « الروضة » على حكاية الوجهين عن « التتمة » من غير ترجيح ، ولكن لما حكى المتولى الوجهين قال عقبها ما نصه : وأصل المسألة إذ أقر بشيء ثم وصله بما يرفعه . هذه عبارته .

والأصح في المسألة التى فرع هذه عليها هو اللزوم والعجب من إهمال الرافعي لهذه المسألة التى تعلم منها الترجيح ، ثم إن هذا الحكم لا يختص بهذا المثال الذي ذكره صاحب « التتمة » بلا شك، لا سيما والتعليل يرشد إليه ، والسياق يدل عليه ، فتوقف الرافعي غريب .

قوله : وإن قال : أليس لى عليك ألف؟ فقال : نعم ، ففي كونه إقرار وجهان ... إلى آخره .

والأصح على ما ذكره في « المحرر » : أنـه إقرار ، وكلام الكتاب ربما يشعر به .

قـوله : وإذا قال : اشـترِ منـي عبـدى هذا، فقـال : نعم،فـهو إقـرار منه للقائل كمـا لو قال : اعتق هذا، فقال: نعم ، ويمكن أن يكون فـيه خلاف مما سبق في الصلح فيما إذا قال بعنيه . انتهى كلامه .

وما ذكره في الإعتاق ذكـر مثله في « الروضة » ، ولا شك أن المسألة غير المسـألة ، فإن كان المراد أن يقول : أعتق عـبدي ، فلا شك أن الحكم واحـد والاخـتلاف إنما هو بـالأمثلة ، فـكيـف يقـيس إحـداهمـا علـى الأخرى ؟ .

قـوله : ولو قال : لا أقـر ، ولا أنكر ، فـهو كـسكوته فـيجـعل منكرًا ، ويعرض عليه اليمين . انتهى كلامه .

وما قاله من كونه كالمنكر ، ويعرض عليـه اليمين قد قاله غيره ، وأما كون هذا حكم السكوت ،فليس مطابقًا لما قالـه في الدعوى ، فإنه قد قال في أول الباب المعـقود لجواب الدعوى : فـإن سكت وأصر على السكوت جعل كالمنكر فيرد اليمين على المدعى .

قوله : ولو ادعى عليـه عبدًا في يده ، فقـال : اشتريته من وكـيلك فلان فهو إقرار له ، ويحلف المدعي على أنه ما وكل فلانًا بالبيع . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على جعله مقرًا بهذا اللفظ ، وهو مشكل، لأنه لا يلزم من اعتـرافه بالشراء من وكـيله اعتـرافه بأنه وكله في بيعـه ، فإن الوكيل كما يتصرف للموكل يتصرف لنفسه ، فينبغي حمل ذلك على ما إذا ضم إليه لفظًا آخـر يقتضي اعتـرافه بالتوكـيل في بيعه كقـوله : انتقل إلى عنك بالشراء من وكيلك ، ونحو ذلك .

قوله فـي « الروضة » : ولو قال : كـان عليّ ألف لفلان، أو كـانت هذه

الدار في السنة الماضية له ، فـهل هو إقرار في الحال عملاً بالاستصحاب أم لا لأنه غير مقر في الحال ؟ فيه وجهان .

قلت : ينبـغي أن يكون أصحـهـما الثـاني ، وقد أشـار إلى تصحـيحـه الجرجاني . والله أعلم .

ولو قال : هذه داري أسكنت فيها فلاناً ثم أخرجته فهو إقرار باليد على الأصح ،لأنه اعترف بثبوتها وادعى زوالها . انتهى كلامه .

وفيه أمران :

أحدهـما : أن هذا الذي ذكره هنا قد خالفه في كتاب الدعاوى، فقال في الباب الخامس منه : ولو قال المدعـى عليه : كان ملكه أمس، فالأصح وبه قطع ابن الصباغ: أنه يؤاخذبه إلى آخر ما ذكر .

ثم قـال : ولو قال : كـان في يدك أمس فـهل يؤاخذ بإقـراره ؟ فيـه وجهان حكاهما ابن الصباغ .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم .

فانظر إلى هـذا الاختلاف الغـريب ، كيف صحح فـي هذا الباب من أصل الروضـة أنه يؤاخـذ بالإقـرار بـاليـد ، ورجح من « زياداته » عـدم المؤاخذة بالإقـرار بالملك ،وفي « الزيادات » أنه لا يؤاخذ بالإقـرار باليد ، وقد ذكر الرافعي في أوائل الباب مـا يخالف ما نقلناه عنه أولاً فقال : ولو قال له : على ألف قضـيته لم يقبل ، ولو قال : كان له على ألف قـضيته قبل على الصحيح فيهما .

الأمر الثاني : أن قوله : إن الجرجاني أشار إلى تصحيحه غريب ، فإن الجرجاني قد ذكر ما هو أبلغ من التصريح بالتصحيح، فإنه لما حكى الوجه القائل باللزوم قال : إنه ليس بشيء ، هذا في « الشافي » .

وعبر في « التحرير » بقوله : لم يكن إقراراً ، وقيل : يكون .

قوله : ولو قال : اقضِ الألف التي لى عليك، فقال : أعطى غداً، أو ابعث من يأخذه ، أو أمهلني [يومًا أو أمهلنى] (١) حتى أصرف الدراهم أو أفتح الصندوق، أو أقعد حتى تأخذ أو لا أخذ اليوم أو لا تدم المطالبة أو ما أكثر ما تتقاضى ، أو : والله لأقضينك ، فجميع هذه الصور إقرار عند أبي حنيفة .

وأما أصحابنا فمختلفون في ذلك ، والميل إلى موافقته في أكثر الصور أكبر . انتهى .

وما ذكره من اللزوم في أعطى غدًا أو نحوه مما عرى عن الضمير العامل على المال المدعى به [مردود] (٢) ، بل يتعين أن يكون التصوير عند انضمام الضمير كقوله : أعطيه ونحوه ، فإن اللفظ بدونه يحتمل أن يراد به المذكور وغيره على السواء ، ولهذا لو قال : أنا مقر به أو بما يدعيه أو لست منكرًا له كان إقرارًا ، ولو لم يأت بالضمير فقال : أنا مقر أو لست منكرًا أو أنا أقر ، فليس بإقرار كما ذكره الرافعي قبل هذا بقليل .

وحينئذ فيكون قول الرافعي : أنا نوافقهم في الأكثر للاحتراز عن هذه الصور فاعلمه .

نعم حذف في « المحرر » الثلاثة الأخيرة ، وصرح بالترجيح في أكثر الصور وعينها فقال : ولو قال : اقضِ الألف التى لي عليك، فقال : نعم أو أقضي غدًا أو أمهلني يومًا أو حتى أقعد وأفتح الكيس أو أجد، فإقرار في الأشبه . انتهى ، وعبر في « المحرر » بالأصح .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قوله : ولو قال معسر : لفلان على [ألف] [(١)] إن رزقني الله مالاً فقيل : ليس بإقرار للتعليق ، وقيل : إقرار ، وذلك بيان لوقت الأداء ، والأصح : أنه يستفسر ، فإن فسر بالتأجيل صح ، وإن فسر بالتعليق لغى . انتهى .

أهمل ـ رحمه الله ـ ما إذا تعذر استفساره وقياس المذهب فيه: أنه لا يلزمه شيء ، وقد صرح به الهروي في « الإشراف » فقال بعد حكاية ما ذكره الرافعي وجوهًا وتصحيحًا ما نصه : فإن مات قبل البيان فلا يحكم بالوجوب إذا تعذر تحصيل البيان من الورثة ، لأن الأصل فراغ الذمة ، هذه عبارته والذي قاله واضح ، وسأذكر إن شاء الله تعالى في أوائل تعليق الطلاق من « زوائد الروضة » مثله ، والرافعي ـ رحمه الله ـ نقل أكثر مسائل هذا الفصل عنه من الكتاب المذكور ، وقلده في أكثرها .

وصرح به في بعض المسائل إلا أنه لم يصرح باسمه ـ أعني فى هذا الموضع ـ ، بل عرفه شيخه فقال بعض أصحاب أبى عاصم العبادى والعجب كيف ترك الرافعي من كلامه بقية هذه المسألة ، وهى من المهمات المستفادات .

وإذا علمت جميع ما ذكرناه فاعلم أن النووي قد ذكر في « الروضة » من « زوائده » نقلاً عن « العدة » : أن الأصح أنه إقرار ، وسكت عليه ، والمراد بالعدة في كلامه هنا عدة أبي المكارم ابن أخت الروياني، لا عدة الحسين الطبري لما ستعرفه .

وهذا التصحيح الذي نقله عنها لا يستقيم مع تصحيحه [وجوب المراجعة لما سبق أيضًا ، وإنما قلنا : إنه ليس المراد « عدة الحسين »، لأني رأيت فيها أن الصحيح في أصل المسألة لزوم الألف ، ولم يذكر

---

(١) سقط من جـ .

المراجـعـة] (١) بالكلية ، ونقله أيضًا عنه العمراني في « البيان » وأقره وكذلك [في كتابه المسمى بالزوائد ، وهذا التصحيح مقتضاه تصحيح اللزوم عند](٢) عند تعذر المراجعة .

ولا يبعد أن يكون أبو المكارم الروياني قد صحح في عدته ما صححه هؤلاء من اللزوم ، وفرع عليه أنه إذا مات لزمه ذلك ، فأخذ النووي هذا الفرع وضمه لما قرره هو فلزم الخلل ، غير أني لم أراجع « العدة » المذكورة .

قوله : وإن قال : إن شهد على فلان وفلان أو شاهدان بكذا فهما صادقان، فهو إقرار في أظهر القولين ، وإن لم يشهدا .

ولو قال : إن شهدا فصدقهما، فليس بإقرار . انتهي كلامه .

وتقييده في المسألة الأولى بقوله : بكذا لا بد منه واحترز به عما لو قال: ما يشهد به شاهدان على فإنهما عدلان صادقان ، فإنه لا يكون إقراراً، بل تزكية وتعديلا ، كذا نقله الرافعي في باب التزكية عن الهروي، ولم يخالفه .

قوله من « زوائده » : قال في « البيان » : ولو قال : لي عليك ألف درهم ، فقال لزيد : عليَّ أكثر مما لك ، لا شيء عليه لو أخذ منهما . انتهى كلامه .

وما نقله عن صاحب « البيان » وأقره عليه من عدم اللزوم لزيد عجيب مخالف لمدلول اللفظ ، والصواب اللزوم لزيد ، وتقبل منه دعوى إرادة القليل، كذا ذكره الأصحاب ، وعللوه بأن القليل قد يوصف بالكثرة بالإضافة إلى قلة النفع بمال الغير ، ونحو ذلك ، وقد ذكره الرافعي بعد هذا بنحو ورقتين .

---

(١) سقط من أ . (٢) سقط من جـ .

لواحد منهما لاحتمال أنه قاله على سبيل السخرية . هذه عبارته ، إلا أنه لم يصرح بلفظ المال ، والتعليل يشعر بإرادته .

ويحتمل أنه أراد بما ذكره الإقرار بالألف ، بل الظاهر ذلك ، فعبر النووي بما عبر فأوقع في الفساد .

قوله في « الزوائد » أيضًا ، وإن كتب لزيد على ألف درهم، ثم قال للشهود : اشهدوا عليّ بما فيه ، فليس بإقرار كما لو كتبه عليه غيره فقال : اشهدوا بما كتب .

وقد وافقنا أبو حنيفة على الثانية دون الأولى، ووافق أيضًا على ما لو كتب ذلك على الأرض . انتهى كلامه .

وما ذكره في « زوائده » من كونه ليس بإقرار عندنا في المسألتين، قد ذكره في الباب الثاني من كتاب الطلاق قبيل الطرف الثاني من كتاب الطلاق المعقود للإيلاء ،فقال عن « فتاوى الغزالي » ما حاصله: الوقوع ظاهر في المسألتين ، فإنه ذكر ذلك في المسألة الثانية ، وهي ما لو كتبه غيره .

وحينئذ فيؤخذ منه ذلك في المسألة الأولى بطريق الأولى ، وسأذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى .

وأبين أن الفتوى على المذكور هنا فراجعه .

قوله أيضًا في « الزيادات » : ولو قال : له على ألف إلا أن يبدو لي، فوجهان حكاهما في « العدة » و « البيان » ، ولعل الأصح أنه إقرار . انتهى كلامه .

والصواب أنه لا يلزمه شيء ،فقد نقله الهروي في « الإشراف » عن نص الشافعي ، وهو قول أبي حنيفة ، والشيخ أبي الطيب لم يصحح هذا

نص الشافعي ، وهو قول أبي حنيفة ، والشيخ أبى الطيب لم يصحح هذا الاستثناء فجعله بمنزلة قوله : له عليّ عشرة إلا عشرة ، لأنه استثناء يرفع الجميع .

والشافعي قاسه على ما إذا قال : إن شاء الله . هذا لفظه ، ذكر ذلك في أواخر مسألة ، أولها إذا قال : عليّ درهم ، وهو قريب من نصف الكتاب .

وإذا تأملت أمثال هذه المواضع الواقعة في هذين الكتابين تعجبت مما وقع فيهما ، وعلمت أنه لا تحل المبادرة إلى الإفتاء بجميع ما فيهما إلا إذا صرحا بنقله عن النص ، أو عن مقالة الأكثرين .

الباب الثاني
في الإقرار بالمجمل

قوله : لكن الأصح ها هنا المنع يعني منع تفسير الشيء بالخمر الغير المحترمة وغيرها مما لا يقتني ،ثم قال : لأنه ليس فيه حق واختصاص ، فلا يلزم ردها . انتهى كلامه .

وهذا التعليل الذي ذكره لم يذكره في « الروضة » ،وهو يرشد إلى أن صورة المسألة أن يكون المقر له مسلمًا .

أما إذا كان ذميًا فيصح التفسير بغير المحترمة، فتفطن لذلك وسببه أنه لو غصبها منه لكان يجب عليه ردها على الصحيح، كما ذكروه في باب الغصب .

قوله : ولو فسره يعني الشيء بالعبادة ورد السلام لم يقبل، لأنه بعيد عن الفهم في معرض الإقرار ، إذ لا مطالبة بهما ، والإقرار في العادة يكون ما يطلبه المقر له ويدعيه .

قال في « التهذيب » : ولو قال له : عليَّ حق ، قبل التفسير بهما وظن أن الفرق بينهما عسير ، وكيف لا ، والحق أخص من الشيء فيبعد أن يقبل [الأخص بما لا يقبل] (١) به تفسير الأعم ، وبتقدير أن يكون الأمر كما ذكره فينتقض به التوجيه المذكور . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » عليه ، وما حاوله الرافعي من التسوية بينهما قد صرح به القاضي حسين في « تعليقه » ،فقال كما نقله عنه في « الكفاية»: الظاهر أنه لا يقبل تفسير الحق بهما .

ومقتضى كلام الرافعي أنه لم يقف عليه ، ومع ذلك فما ذهب إليه

---

(١) سقط من أـ .

البغوي هو المتجه ، ولا عسر في الفرق ، ولا انتقاض في التوجيه ، وذلك لأن أهل العرف يطلقون لفظ الحق على هذه الأمور فيقولون : لفلان عليّ حق ، ويريدون خدمته له ، وسعيه إلى بابه وغير ذلك ، ولهذا قال ﷺ : « **حق المسلم على المسلم خمس** ... » [١]، ثم ذكر من جملتها عيادة المرضى، ورد السلام ، فصار المعنى المتقدم ، وهو أن الإقرار لا يكون إلا بما يطلب معارضًا باستعمال الشرع والعرف في لفظ الحق بخلاف لفظ الشيء ، فإنه لم يعارض المعنى فيه شيء لعدم استعماله في رد السلام والعبادة ونحوهما لا شرعًا ولا عرفًا .

قوله : وقال صاحب « التهذيب » : ولو [أوصى] [٢] بمجمل فمات فبينه الوارث وزعم الموصى له أنه أكثر، يحلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة ، ولا يتعرض لإرادة المورث . انتهى كلامه .

وما نقله عن البغوي تابعه عليه في « الروضة » وليس كذلك ، فإن البغوي نقله عن غيره فقال ما نصه : قال شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ : هذا بخلاف ما لو أوصى بشيء معلوم ، وبينه الوارث فادعى الموصى له أكثر من ذلك ، يحلف الوارث أني لا أعلم أنك مستحق غير هذا ، ولا يحلف على إرادة المورث . هذا لفظه .

واعلم أن القاضي الحسين قد ذكر في « تعليقه » ما يشعر به كلام البغوي .

قوله : فرع :

لو مات قبل تفسير الشيء وامتنع الوارث منه فقولان :

أحدهما : أنه يوقف مما ترك أقل ما يتمول .

---

(١) أخرجه البخاري (١١٨٣) ومسلم (٢١٦٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) سقط من أ .

وأظهرهما : أنه يوقف الكل ،لأن الجميع وإن لم يدخل في التفسير فهو مرتهن بالدين . انتهى كلامه .

تابعـه في « الروضة » عليـه ، وهو مشكل كـما قـاله ابن الرفعـة في «المطلب » ، وذلك لأن تفسـير الشيء بالاخـتصاصـات كالسرجين وغـيره مقبول .

فلم يتيقن وجوب مال فضلاً عن كونه دينًا مقتضيًا للرهن ، فلا يستقيم القول بالوقف في الكل ، ولا في البعض .

قال : لا جرم أن الهروي في « الإشراف » حكاهمـا فيما إذا قال له : عليّ مال .

قوله : الضـرب الثاني : قال : فإذا قـال له : عليّ مال قبل تفسـيره بأقل [متمول] (١) ، ولا يقبل بما ليس بمال كالكلب وجلد الميتة .

قال الإمام : والوجه القبول بالثمرة الواحدة حيث يكثر الثمر، لأنه مال، وإن لم يتمول في ذلك الموضع ، هكذا ذكره العراقيون .

وقالوا : كل متمول مال ، ولا ينعكس ، وتلـتحق حبة الحنطة بالثمرة . انتهى كلامه .

وما ذكره في الحبة ونحوها أنها لا تعد مالاً ،قد خالفه في كتاب البيوع في الركن الثاني في الكلام على اشتراط النفع ، وقد سبق ذكر عبارته هناك فراجعها .

قوله : ولو قال له : على مـال عظيم قبل أيضًا تفسيره بأقل مـا يتمول ، وذهب بعض الأصحاب فيمـا حكاه القاضي حسين وغيره إلى أنه يجب أن يزيد تفسـير المال العظيم على تفسـير مطلق المال ليكون لـوصفـه بالعظيم

(١) سقط من أ .

فائدة، واكتفي بعضهم بالعظم من حيث الجرم والجثة . انتهى كلامه .

وحاصله حكاية وجهين آخرين ، ولم يذكر في « الروضة » منهما غير الأول ، وحذف الثاني .

واعلم أن القاضي لم ينقل هذا الوجه عن أحد كما دل عليه كلام الرافعي ، بل أبداه احتمالاً لنفسه ،ثم أبطله فقال بعد نقله عن النص إنه يكفي أقل ما ينطلق عليه الاسم ما نصه : ولو قيل يلزمه أدنى زيادة على أقل ما يتمول ليتوفر به على العظم فائدة، وأسقط به معظم أسألتهم في المسألة، لم يبعد غير أنه مخالف للنص . هذا كلام القاضي في «تعليقه » .

والذي أوقع الرافعي في هذا هو الإمام ، فإن عبارته موهمة .

قوله :في الكلام على ما إذا قال : لفلان عليّ أكثر مما في يد فلان ، ولو كان في يده عشرة دراهم وقال المقر : لم أعلم وظننت أنها ثلاثة، قبل قوله مع يمينه . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » هنا عليه ، وهو يوهم أنه لو اعترف بالعلم لم يقبل تفسيره بالثلاثة ، وليس كذلك فاعلمه ، بل يقبل تفسيره بأقل ما يتمول كما اقتضاه التعليل المذكور في أول المسألة ، وصرح به في «الروضة» من « زياداته » هناك .

قوله في « الروضة » : ولو قال : كذا وكذا درهمًا بالنصب لزمه درهمان على المذهب ، وفي قول درهم ، وفي آخر درهم وشيء ، وقيل : أحد وعشرون درهمًا إن عرف العربية . انتهى .

وهذا الخلاف الذي ذكره هو حاصل طرق ذكرها الرافعي ، وقد أهمل من جملتها [وجهاً وهو أنه إن أطلق لزمه درهمان ،وإن نوى أن الدراهم تعبير لمجموع] (١) ما أقر به لزمه درهم ،وهذا الوجه مشهور ذكره أيضًا

---

(١) سقط من أ ، ب .

الماوردي وغيره ، ونص عليه في « الأم » .

قوله : ولو قال : الدراهم التي أقررت بها ناقصة الوزن ، وأوزان البلد كذلك فيقبل إن اتصل التفسير بالكلام ، فإن انفصل فكذلك في الصحيح . انتهى .

فإن لم يفسر ، وتعذرت مراجعته ففي « المهذب » و « تعليق القاضي الحسين » و « الحاوي »: يلزمه التمام وهو الدرهم الإسلامي .

قوله : ويجري الخلاف فيما إذا أقر في بلد دراهمهم كبار مثل غزنة . انتهي .

وغزنة بالغين المعجمة والزاي الساكنة بعدها نون هي مدينة نحو الهند .

قوله : ولو قال له : عليّ مائة عدد من الدراهم ، اعتبر العدد دون الوزن. انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » لكن قد تقدم قبل هذا بأسطر أن العدد أقله اثنان حتى إذا قال : على أقل أعداد الدراهم فيلزمه درهمان .

وإذا كان كذلك فنعود إلى مسألتنا فنقول : إن كان لفظ عدد مجرور بالإضافة ، وهو المتبادر إلى الفهم ، فالقياس وجوب مائتي درهم ، ولكن تكون ناقصة لأنه أوجب على نفسه مائة من العدد ، وأقل العدد اثنان ، وإن كان منصوبًا فكذلك لأنه تفسير للمائة كما لو قال: مائة يومًا بالتنوين.

فإنه يلزم به كما صرح به ابن الرفعة ، وإن منع الجمهور التنوين والنصب وإن كان مرفوعًا فالقياس أن المائة مبهمة ، ويلزمه تفسيرها بما لا تنقص قيمته عن درهمين عددًا لا وزنًا .

وقد جزم الرافعي في نظيره بمثله فقال : ولو قال له : عليّ ألف درهم، يرفعهما وينونهما من غير عطف فسر الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم .

وإن كان ساكنًا أوجبنا الأقل، لأنه المتيقن، صرح به أيضًا الرافعي فى هذا الباب في مثال آخر .

قوله : إذا قال له : عليّ من درهم إلى عشرة ... إلى آخره .

هذه المسألة سبق الكلام عليها ، وعلى نظيرها فى كتاب الضمان .

قوله : ولو قال : عليّ ما بين درهم إلى عشرة .

لزمه ثمانية على المشهور ، وقيل : تسعة ، وقيل : عشرة .

ولم يفرقوا بين أن يقول : ما بين واحد إلى عشرة وبين أن يقول : ما بين واحد وعشرة ، وربما سووا بينهما .

ويجوز أن يفرق ويقطع بالثمانية في الصورة الأخيرة للاحتراز . انتهى كلامه .

وما ذكره الرافعي هنا غريب، فقد فرق هو في كتاب الضمان في الكلام على العلم ، بالمقدار المضمون [يقطع بالثمانية في الصورة الثانية ، وخصص الأوجه والصورة الأولى .

وقد] (١) قطع به أيضًا هنا القاضي أبو الطيب في « تعليقه » وكذلك الروياني في « البحر » ، وقال في « الروضة » بعد حكاية هذا عن القاضي: إن القطع فيها بالثمانية هو الصواب ، ولم ينقل غيره.

قوله : قال : عليّ درهم في عشرة ، فإن أراد بقي مع لزمه أحد عشر درهمًا . انتهى كلامه .

وتجيء في بمعنى مع ، مثلوه بقوله تعالى : ﴿ فَخَرَجَ عَلَىٰ قَوْمِهِ فِي زِينَتِهِ﴾(٢) أي مع زينته .

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سورة القصص (٧٩) .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن لزوم العشرة إذا أراد المعية تابعه عليه النووي ،حتي ادعى في « تصحيح التنبيه » أنه لا خلاف فيه ، وكيف يستقيم مع أنه لو قال له: عليّ درهم مع درهم ، لم يلزمه إلا ردهم ؟.

فإذا كان مع التصريح بالمعية لا يلزمه سوى الأول فمع بينهما أولى .

نعم إن نوى ما فيه تغليظ عليه بأن قال : أردت مع عشرة له فواضح ، ولا كلام فيه ، وهذا الاشكال يأتي أيضًا فيما إذا قال له : عليّ درهم في دينار ، فإنهم أجابوا فيه بمثل ما أجابوا ها هنا .

الأمر الثاني : بتقدير أن يجب عليه أحد عشر فالحكم بكونها دراهم في المال الذي ذكره الرافعي لا يستقيم أيضًا ، بل الواجب عليه ما تقتضيه قاعدة الباب درهم واحد ، ويرجع في تفسير العشرة إليه ، وقد جزم الرافعي بأنه إذا قال له : عليّ ألف ودرهم أن الألف مبهمة .

قوله : ولو قال له : عندى عبد على رأسه عمامة ونحوه، لم يكن مقرًا إلا بالعبد .

وقال صاحب « التلخيص » : يكون أيضًا مقرًا بالعمامة ، ثم قال : وذكر الإمام أنه قال ذلك في « التلخيص » ، وفي « المفتاح » أجاب بما يوافق الجمهور ، وهو وهم ، بل جوابه في « المفتاح » كجوابه في «التلخيص » . انتهى كلامه .

والذي رأيته في « المفتاح » هو عدم اللزوم كما نقله الإمام فقال : ولو قال له : عندى فرس عليه سرج ، فإن السرج للمقر مع يمينه ،هذا لفظه.

وهو لفظ « التلخيص » أيضًا ، إلا أنه زاد فيه «له» في المسألة الثانية .

قوله : ولو قال : خاتم فيه فص، ففي كونه مقرًا بالفص وجهان :

أصحهما: على ما ذكره في « التهذيب » أنه ليس بمقر به . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا ، والصحيح ما صححه البغوي ، فقد نص عليه في « الأم » في باب الإقرار بالحكم الظاهر ، ونقله عنه في «المطلب » .

قوله في أصل « الروضة » : ولو قال : هذه الجارية له إلا حملها ، لم يدخل الحمل قطعًا . انتهى كلامه .

وما ادعاه من عدم الدخول قطعًا ليس كذلك ، ولم يذكره الرافعي أيضًا ، فقد حكي الإمام في « النهاية » وجهًا: أن هذا الاستثناء لا يصح، وأن الحمل يدخل .

قوله : إذا قال : لفلان [على] (١) هذا العبد ألف ، فإن قال : أردت [به جنى عليه جناية أرشها ألف قبل وتعلق الألف برقبته .

وإن قال : أردت] (٢) أنه رهن عبده بألف على فوجهان : أظهرهما : القبول، ويطالب بألف. انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما قاله الرافعي ـ رحمه الله ـ في هذه المسألة ـ أى عند التقييد بقوله : (على) ـ صحيح، غير أن الغزالي في « الوجيز » لم يذكر هذه المسألة ، بل ذكر ما إذا لم يقيد بعلى ، فإنه عبر بقوله : وإن فسر بكون العبد مرهونًا فالأظهر أنه يقبل، هذا لفظه .

ولم يذكر غيره ، وهذه مسألة أخرى ، ولم يتعرض لها الرافعي ، وحكمها تفريعًا على القبول: أن الألف لا يلزمه لاحتمال أن يكون قد أعاده لمن رهنه لكى يتعلق الألف بالعبد ، وهو واضح .

وقد ذكر الرافعي بعد هذا بنحو ورقتين ما يوافقه فقال قبيل الفرع

---

(١) فى جـ : فى .

(٢) سقط من جـ .

السادس: ولو قال له : في هذا العبد ألف من غير كلمة عليّ ، وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه ، فلم يبلغ ثمنه ألفًا فلا ينبغي أن يجب عليه قيمة الألف بحال .

وذكر المسألة في « الوسيط » كما ذكرها في «الوجيز» تمثيلاً وحكمًا .

نعم صرح في « البسيط » كما صرح به الرافعي في تصوير المسألة وجوابها، فذكر في « الوسيط » و « الوجيز » مسألة ، وفي « البسيط » أخرى ، والمسألتان سواء في قبول التفسير ، وإن اختلفا في التفريع ، وكان ينبغي للرافعي أن يتكلم على مسألة الكتاب الذي شرحه .

الأمر الثاني : أن ما ذكره الأصحاب في هذه المسألة لا ينتظم مع ما ذكروه فيما إذا قال : له في ميراث أبى ألف ، فإنهم نقلوا عن النص أنه يكون إقرارًا منه على أبيه بدين ، وتابعه الأصحاب عليه ، ومقتضاه أنه لا يقبل تفسيره بجناية جناها العبد المورث في حياة أبيه ، أو يرهن صدر من أبيه بدين على غيره ، فالكلامان لا يجتمعان .

قوله : لو شهد شاهد على أنه أقر يوم السبت بألف أو بغصب، ثم شهد آخر بأنه أقر يوم الأحد لفقنا بين الشهادتين ، وأثبتنا ذلك بخلاف الإنشاءات كالطلاق .

ومنهم من قال : فيها قولان بالتخريج، ثم قال في آخر المسألة : فلو ادعى ألفًا فشهد أحد الشاهدين على أنه ضمن ألفًا ، والثاني على خمسمائة، ففي ثبوت الخمسمائة قولان عن ابن سريج ، وهذا قريب من التخريج المذكور في الإنشاءات أو هو هو . انتهى كلامه .

وما ذكره مردود ، فإن من ضمن ألفًا يصدق عليه أنه ضمن خمسمائة قطعًا ، ويصدق أيضًا إطلاق لفظ ضمن ما دام الدين عليه ، فيكون كما لو شهد شاهد بألف ، وآخر بخمسمائة ، فإن الخمسمائة تثبت .

قوله : ولو شهد أحدهما أنه أقر بألف من ثمن مبيع، وشهد الثاني على إقراره بألف من قرض ،ففي ثبوت الألف وجهان : الظاهر أنه لا يثبت أيضًا، وربما بنوا الوجهين على الوجهين فيما إذا ادعى ألفًا من ثمن مبيع ، فقال : المدعى عليه: لك على ألف ولكن عن قرض . انتهى .

وهذه المسألة المبني عليها تعرف باختلاف الجهة ،والراجح فيها أنه لا يمتنع الأخذ فتفطن لذلك، فقد قال في آخر العارية ، وفي آخر الركن الثالث من الكتاب المتقدم :أنه الأصح ، ولأجل المخالفة في التصحيح عبر بقوله : وربما بنو ، ولم يذكر في « الروضة » هذا البناء .

قوله : فيما لو ادعى ألفَا فشهد له عدل بألف ، وآخر بألفين ... إلى آخره .

هذه المسألة تأتى في كلام الرافعي في الشهادات في الكلام على المبادرة فلتحرر معها .

قوله : ولو قال على سبيل الإقرار : وأنت طالق ، أولاً لم تطلق ، وإن ذكره في مَعْرِض الإنشاء طلقت كما لو قال : أنت طالق طلاقًا لا يقع عليك. انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أنه قد اختلف كلامهما في هذه المسألة اختلافًا عجيبًا ، يأتي إيضاحه قريبًا فراجعه .

الأمر الثاني : أنهما قد سكتا عما إذا لم يعرف ذلك بموت أو غيره ، وقد ذكره الهروي في « الإشراف » بعد أن ذكر هنا ما ذكره الرافعي حكمًا وتعليلاً ، ومنه أخذ فقال : فإن أطلق هذه الكلمة ، ولم يفسر لا بإقرار ولا بإنشاء فيمكن أن يقال : إنه يحمل على الإجبار حتى لا يقع لقرينة التشكيك والأصل بقاء النكاح ، هذا كلامه من غير زيادة عليه .

وحاصله رجحان عدم الوقوع ، وهو ظاهر منقاس .

والعجب من ترك الرافعي هذه الزيادة .

قوله : ولو أقر الأب بعين مال لابنه فيمكن أن يكون مستند إقراره ما يمنع الرجوع ، ويمكن أن يكون مستنده ما لا يمنع الرجوع ، وهو الهبة .

وهل له الرجوع ؟ عن أقضى القضاة الماوردي ، والقاضي أبي الطيب أنهما أفتيا بثبوت الرجوع تنزيلاً للإقرار على أضعف الملكين ، وأدنى السببين كما ينزل على أقل المقدارين .

وعن الشيخ أبي الحسن العبادي : أنه لا رجوع ،لأن الأصل بقاء الملك للمقر له ، ويمكن أن يتوسط فيقال : إن أقر بانتقال الملك منه إلى الآخر، فالأمر كما قال القاضيان .

وإن أقر بالملك المطلق، فالأمر كما قال العبادي . انتهى .

تابعه في « الروضة » عليه ، **وفيه أمور :**

أحدها : أن الأصح جواز الرجوع مطلقًا ، كذا [صححه] (١) النووي في «فتاويه » ، فإنه نقل جواز الرجوع عن جماعة آخرين ، ونقل ما قاله الرافعي من التفصيل ، ثم قال : إن الأصح المختار قبول تفسيره بالهبة ، ورجوعه مطلقًا ، وجزم القاضي الحسين في باب الهبة من « تعليقه » بأن القول قول الولد .

وقال في « فتاويه » : إنه الظاهر .

وتابعه عليه أبو عاصم العبادي والد أبي الحسن المتقدم كما قاله النووي في « الفتاوى » المذكورة ،قال ابن الرفعة : وهو الذي يترجح في ظني، لأن أضعف السببين عارضه أن لأن الأصل بقاء الملك .

---

(١) في جـ : رجحه .

قال : ومما يؤيد ذلك أن الإقرار للوارث بالعين والدين معمول به على الصحيح .

وقياس تنزيل الإقرار على أضعف السببين تنزيله على الهبة ، وهو إذا نزل على الهبة فأضعف الحالين فيها حالة المرض ، فكان مقتضى ذلك أن يكون الصحيح رد الإقرار للوارث ، وليس كذلك .

الأمر الثاني : أن غير الأب من الأصول كالجدة والأم حكمه حكم الأب فيما ذكرنا وكذلك ذكره النووي أيضًا في « فتاويه » أيضاً وقال ابن الرفعة بعد نقله عنه : وعندي في ذلك نظر ، فإن الأب يقدر على النقل من غير واسطة ، ولا كذلك الأم والجدة إذا لم تثبت لها الولاية .

فإن كان ما قاله نقلاً وجب اتباعه ، وإن كان تخريجًا ففيه ما ذكرناه . هذا كلام ابن الرفعة وهو ضعيف ، فإن المسألة ليست خاصة بما إذا أقر لابنه الصغير ، بل لو أقر الكبير كان الحكم كذلك كما يدل عليه كلام الرافعي وغيره سلمنا أنه خاص بالصغير ، لكن عدم القدرة على النقل لا يدفع علة الرجوع ، وهى التنزيل على الهبة .

نعم البحث المذكور أولاً قوى، غير أنه وقع له قبيله غلط فاحش .

الأمر الثالث : أن النووي في « الروضة » لما نقل عن العبادى امتناع الرجوع عبر عنه بأبى عاصم عوضًا عن تعبير الرافعي بأبي الحسن ، وكأنه لم يستحضر حالة اختصار « الروضة » أن لهم هذا وهذا .

وقد علمت مما تقدم من كلامه في « الفتاوى » أنه سهو ، وأن كلاً منهما من أصحاب الشافعي ، وقائل بالمنع .

قوله : ولو أقر بأنه لا دعوى له على فلان ولا طلب بوجه من الوجوه ، ولا بسبب من الأسباب ، ثم قال : إنما أردت من عمامته ، وقميصه لا في داره .

قال القـاضي أبو سعـد : هذا موضع تـردد ، والقياس يـقبل لأن غايـته تخصيص عموم ، وهو محتمل . انتهى كلامه .

قال في « الروضة » : هـذا ضعيف أو فاسد ، والصـواب أنه لا يقبل في ظاهر الحكم .

قال : لكن المختار أن له تحليف المقر له أنه لا يعلم أنه قصد ذلك .

قال : ولعل هذا مراد القاضي . هذا كلامه .

وقد اشتمل ـ أعني كلام النووي ـ **على أمرين :**

أحدهما : الخلاف في قبول تخصيص العموم .

الثاني : أنه صرف كلام الهروي عن قبوله في الظاهر إلى سماع دعواه، وتحليـفه ، وذلك لأجل إنكار الخـلاف المشار إليـه ، وكلا الأمـرين باطل غريب .

أما الأول فلأن في قبول تخصيص العموم ظاهرًا لقوله : نسائي طوالق أو كل امرأة لى طالق وجـهين مشهـورين حكاهما الرافعي في آخـر الباب الأول من أبواب الطلاق ، حتى أنه حكاهما في « المحرر » أيضًا ، وأجرى الخلاف في تقـييد الألفـاظ الموضوعة للحـقائق ، كمـا لو قال : إن أكلت خبزًا أو تمرًا فأنت طالق ، ثم فسر ذلك بنوع خاص منهما .

وأما الأمر الثاني : وهو تنزيل كلام الهروي على إرادة التحليف فباطل أيضًا ، فإن الهروى قد صرح بخلافه فقال ما نصه : هذا موضع تردد .

والقـيـاس أن المقـر لا يلزم بحـكم إقـراره على العـمـوم بل يؤخـذ بالتخـصيص ولا ينظر إلى أنه يراد به العـموم في العرف ،لأن الشـافعي ـ رحمـه الله ـ قـال : أصل ما أبنى عليـه الإقرار أن ألزم اليـقين ، وأطرح الشك ، ولا استعمل الغلبة .

فإن قيل : المقر في العرف أراد التبرى عن جميع المطالبات .

قلنا : هذا ليس بشيء، لأن دليل العرب لا يعارض صريح دليل النطق، وهو قد نطق بالتخصيص فوجب أن يصدق في مقالته، هذا موضع الحاجة من كلامه ، وهو صريح فيما ذكرناه من وجوه .

ولو راجع النووي أو غيره من المعترضين عند الإشكال أمثال هذه المواضع لم يذكروا ما ذكروه .

وقد وافق ابن الصلاح في « فتاويه » على القبول مع اليمين فيما إذا ادعى أنه نسيه ،واستدل عليه بمسألة ذكرها الرافعي قبل هذا ، وهى أنه لو قال : لا حق لي في شيء مما في يد فلان ، ثم ادعى شيئًا ، وقال : لم أعلم كونه في يده يوم الإقرار ، فإنه يصدق بيمينه .

وذكر أيضًا في « فتاويه » مسألة أخرى ، وهى أنه لو استأجر عينًا وسلم الأجرة ، وأقر أنه لا حق له على المؤجر ، ثم بان فساد الإجارة ، فلو طلب الأجرة ولا يدخل ذلك فى الإشهاد، لأنه أشهد بناء على ظاهر الحال كما لو قال : هذه العين ملكى اشتريتها منه، ثم بان خلافه والله أعلم.

الباب الثالث
في تعقيب الإقرار بما يرفعه

قوله في « الروضة » : ولو قال : لفلان عليَّ ألف من ثمن خمر ، فقولان : أصحهما : اللزوم .

ثم قال : أما إذا قدم الخمر فقال : لفلان من ثمن خمر على ألف ، فلا يلزمه شيء قطعًا بكل حال . انتهى كلامه .

وقد ذكر هذه المسألة في باب التيمم من « شرح المهذب » ونقل عن «المعتمد » للشاشي : أنه لا فرق في جريان القولين بين التقديم والتأخير ولم يصرح الرافعي هنا بدعوى القطع ، بل قال : لا يلزمه شيء بكل حال .

قوله : وإذا قال : عليّ ألف لا يلزمني أو عليّ ألف ، ولا يلزمه الألف لأنه غير منتظم ، فلا يبطل به الإقرار . انتهى كلامه .

وتصحيح الإقرار فيما إذا قال : عليّ ألف أولا قد ذكر في هذا الكتاب قبل هذا الموضع بنحو ورقة ما يخالفه فقال في أوائل الفروع التى ختم بها الباب السابق : ولو قال : عليّ ألف أو على زيد أو على عمرو- لم يلزمه شيء ، وكذا لو قال على سبيل الإقرار : أنت طالق أولاً ، فإن ذكره في معرض الإنشاء طلقت كما لو قال : أنت طالق طلاقًا لا يقع عليك . هذا لفظه .

ولا فرق في إبطال الإقرار بأو بين الإقرار بالمال والإقرار بالطلاق .

ثم ذكر ما يخالف الموضعين معًا في الباب الثاني في أركان الطلاق قبيل الطرف الثاني، فقال و اللفظ « للروضة » : فرع :

قال: أنت طالق ثلاثًا أولاً بإسكان الواو لا يقع شيئًا .

قال المتولى : كما لو قال : هل أنت طالق ؟ انتهى .

فتحصلنا على ثلاثة مواضع متخالفة ، وما ذكره أولاً من إطلاق الوقوع، قد جزم به ابن كج في الطلاق وقاسه على اللزوم في الإقرار ، ذكر ذلك في كتابه المعروف ، والمسمى « تفريعات ابن كج » عن ابن القطان ، وهو كتاب نحو « التنبيه » ، ينقل فيه فروعًا عن شيخه ابن القطان ، ويستدرك عليه في بعضها .

وقد نقل الرافعي في « شرحه » غالب ما فيه ، فتبعه الرافعي على هذه المسألة ، ونقلها إلى هذا الباب ، وذكر جماعة منهم الماوردي هذه المسألة ، وأجابوا فيها بعدم اللزوم .

واعترض عليه في « الروضة » في هذا الموضع غير مطلع على ما اطلعنا عليه فقال : هكذا رأيته في نسخ من كتاب الإمام الرافعي على ألف أولاً، وهو غلط وقد صرح صاحب « التتمة » و « البيان » بأنه لا يلزمه في هذه الصورة شيء كما لو قال : أنت طالق أولا .

فإنه لم يجزم بالالتزام ، وما يبعد أن يكون الذى هنا تصحيفًا من النساخ أو تغييرًا كما في « التهذيب » ، فقد قال في « التهذيب » : لو قال على ألف لا فهو إقرار ، وهذا صحيح ، وقربه في « التهذيب » بقوله : ألف لا يلزمني ، وهو نظيره .

ومعظم نقل الرافعي من « التهذيب » و « النهاية » ، هذا كلام النووي، وهو خطأ لما ذكرناه .

وأما نقل الوقوع عن « التهذيب » فصحيح ، وقد سبقه إليه ابن كج . كذا رأيته في كتاب « الغنية » له .

ونقله عنه في « البحر » في الطلاق ، وفيه نظر ، فإن تأخير الحرف

الباقي معــهود ، ولم يذكر المسألة في « الشـرح الصغير » ، وذكـر عوضًا عما لو قال : ألف لا بإسقاط « أو » .

ويبقى النظر في المراد بقوله : أو لا فإنه قد يفـسره أو لا يفسره ، فإن فسره يفـسره بأفعل التفضيل ، وقـد يفسره بأو مع لا النافية . ومـدلولهما متغاير .

قوله : ومنها إذا قال : عليَّ ألف إن شاء الله .

فالصحـيح أنه لا يلزمه شيء لأنه لم يجزم بالإقـرار وقيل على الخلاف فيما إذا قال : عن ثمن خمر .

ثم قال : ولو خرجـوا طريقًا آخر جازمًا باللزوم كـان قريبًا بناءً على أن تعليق السابق لا ينتظم . انتهى كلامه .

وما ذكره من أن هذا التعليق لشيء سابق ليس كذلك ،لأن أداة الشرط تخلص ما دخلت عليـه للاستقبال فـتعليقه يمنع أن يكـون سابقًا ، وإذا لم يكن سابقًا استحال .

قـوله : ولو قـال : عليَّ ألف إذا جـاء رأس الشهـر، أو إذا قـدم زيد ، أطلق جـمـاعـة أنه لا شيء عليـه ،لأن الشـرط لا أثر له في إيجـاب المال ، والواقع لا يعلق بشرط .

وذكر الإمـام وغيـره أنه على القولين ، فكيف كـان المذهب أنه لا شيء عليه ، وهذا إذا أطلق أو قـال : قصدت التعليق ، فـإن قَصَدَ التأجـيل لزمه . انتهى كلامه .

وما ذكره من قـدوم زيد ذكر مثله أيضًا من « زوائـده » في آخر الباب الأول ، وهو غيـر مستقـيم حكمًا وتعليلاً ، بل الصـواب اللزوم والشرط يؤثر في إيجاب المال بالنذر .

وقد صرح به الرافـعي في كتاب النذر في النوع الرابع المعـقود للهدايا والضحايا ،نقـلاً عن « فتاوى القفال » من غـير مخالفة فقـال في « فتاوى

القفال » : إنه لو قال: إن شفى الله مريضى فلله على أن أتصدق بعشرة على فلان فشفاه الله تعالى لزمه التصدق عليه ، فإن لم يقبل لم يلزمه شيء، وهل لفلان مطالبته بالتصدق بعد الشفاء ؟ يحتمل أن يقال : نعم كما لو نذر اعتاق عبد معين إن شفي فشفي له المطالبة . هذا كلامه.

فقد عهد أن الشرط يؤثر في إيجاب المال، غير أنه مثل في باب النذر بشفاء المريض ، ومثل هنا بقدوم الغائب ، وكلاهما يوجب الوفاء بالنذر .

واعلم أنه يحتمل أن يقال في مسألتنا أن الناذر وجب في ذمته مال المنذور له حتى يجب عليه الأخذ أو الإبراء ، ويجب عليه فيه الزكاة ونحوه.

ويحتمل أن يقال ـ وهو المتجه ـ : أنه لا يجب عليه مال ، بل الواجب إنما هو التصدق ، والتصدق متوقف على أخذه فصار كما لو نذر الوقف عليه ، وفرعنا على اشتراط القبول فإنه لا يثبت له شيء إلا بقبوله ، ويلتفت على هذا ما توقف فيه الرافعي وهو المطالبة ، لكن المتجه جواز المطالبة ليتوصل بها إلى قبض الحق الذى تعلق به .

قوله : الثانية : الإقرار بالهبة لا يتضمن الإقرار بالقبض على المشهور .

وفي « الشامل » ذكر خلاف في المسألة إذا كانت العين في يد [الموهوب] (١)، وقال :[أقبضتنى] (٢) .

ولو قال : وهبته وخرجت منه إليه ، فقد مر أن الظاهر أنه ليس بإقرار بالقبض أيضًا . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » عليه ، وهو كالصريح في أنه لا فرق في الصورة الثانية أيضًا بين أن تكون العين في يد الموهوب له أم لا تكون ، لأنه صرح

---

(١) فى جـ: المرهون منه .

(٢) سقط من أ .

في الأولى بذلك ، ثم ذكر هذه عقبها من غير تفصيل ، فدل ذلك على أنه لا فرق ، فإن الحمل على عدم استحضار التفصيل لا [يتأتى][(١)] ، لكن الأمر ليس كذلك ، فقد نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على الفرق ونقله عنه ـ أعنى ابن الرفعة ـ في آخر الفصل الأول من كتاب الهبة فقال فى أثناء فروع نقلها عنه ما نصه ؛ ولو قال : وهبته منه بالقبض ، وإن كان في يد الواهب فلا .

قوله : ولو أقر بالإتلاف على إنسان وأشهد عليه ثم قال : كنت عازمًا على الإتلاف فقدمت الإشهاد على الإتلاف ، لم يلتفت إليه بحال، بخلاف ما لو شهد على نفسه بدين ثم قال : كنت عازمًا على أن أستقرض منه فقدمت الإشهاد على الاستقراض ، قُبِل للتحليف ؛ لأن هذا معتاد ، وذلك غير معتاد . انتهى كلامه .

والمسألة الأولى وهي مسألة الإتلاف قد نص عليها أيضًا في « الشرح الصغير » هكذا ، وأشار الإمام وغيره إلى أنه لا خلاف فيها كما يشعر به كلام الرافعي هنا .

وقد وقع في كثير من نُسَخ الكتاب إسقاط جوابها ، ووقعت نسخة من تلك النُّسخ للنووي فاختصرها على ما هي عليه ، ثم كتب على حاشية «الروضة » بخطه :يحقق من « التتمة » أو غيرها ، ثم إن كثيرًا من النساخ اجتهدوا فحذفوا المتوسط ، وهو صدر المسألة الثانية ـ أعني مسألة الدين ـ وأجابوا عنها بجواب واحد ، فقالوا : ولو أقر بإتلاف مال أو بدين .

ثم قال : كنت عازمًا على أن أستقرض . . . إلى آخر المسألة .

ثم إنهم مع إسقاطها أبقوا الفرق ، وهو لا يكون إلا بين مسألتين .

ولو راجع النووي ما راجعناه لاستغنى عن هذا كله .

---

(١) في حـ : ينافي .

قوله : ولو قال : غصبت هذه الدار من زيد ، بل من عمرو سلمت لزيد.

وأظهر القولين أنه يغرم لعمرو ، ثم قيل : القولان فيما إذا انتزعها الحاكم من يده وسلمها إلى زيد .

فأما إذا سلمها بنفسه فيغرم قطعًا .

وقيل : القولان في الحالين . انتهى ملخصًا .

لم يصحح شيئًا من الطريقين في « الشرح الصغير » أيضًا ، والصحيح طردهما في الحالين ، فقد صححه القاضي أبو الطيب في « تعليقه » والشيخ في « التنبيه » والنووي في « الروضة » ، وهو مقتضى إطلاق «المحرر » .

ونقل النووي عن الأصحاب أنه لا فرق في المسألة بين أن يوالى الإقرار بينهما أو يفصل ، وسواء كان الفصل يسيرًا أم كثيرًا .

قوله : ولو باع عينًا وأقبضها واستوفي الثمن ، ثم قال : كنت بعته من فلان أو غصبته لم يقبل قوله على المشترى ، وفي غرامة القيمة للمقر له طريقان :

أحدهما : على القولين .

وأصحهما عند البغوي : القطع بالغرم لتفويته عليه بتصرفه وتسليمه . انتهى .

والصحيح ما قاله البغوي ، فقد صححه الماوردي والنووي في أصل «الروضة » ، ويتجه أن يقال : لا أثر فيما قلناه للإقباض ولا لاستيفاء الثمن ، وإن كان التغريم معهما أظهر ، لكن نص الشافعي في « الأم » في باب الإقرار بالحكم الظاهر على القولين ، وهو يبطل ترجيح القطع .

قوله : فإن سكت بعد الإقرار، أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه ثم استثنى لم ينفعه . انتهى .

قال في « الروضة » : هكذا قال أصحابنا أن تخلل الكلام الأجنبي يبطل الاستثناء .

وقال صاحبا « العدة » و « البيان » : إذا قال : على ألف أستغفر الله إلا مائة صح الاستثناء عندنا خلافًا لأبي حنيفة ودليلنا أنه فصل يسيره فصار كقوله : على ألف يا فلان إلا مائة .

وهذا الذي نقلاه فيه نظر ،هذا كلام النووي ، وليس فيه تصريح بموافقتهما ، ولا مخالفتهما فيما نقلاه في الفصل اليسير ، والأمر كما أطلقه الأصحاب ، فقد صرح بالمسألة في أول باب الاستثناء في الطلاق وقال: إنه يقدح على الظاهر ، ثم قال : وحكى القاضي ابن كج ـ رحمه الله ـ وجهًا آخر: أن الكلام اليسير الأجنبي بين المستثنى والمستثنى منه لا يقدح في الاسثناء . هذا لفظه .

قوله : ولو أتى باستثناء بعد استثناء وكان الأول مستغرقًا كقوله : عشرة إلا عشرة إلا أربعة فأوجه :

أحدها : يبطل االاستثناءان ، ويلزمه عشرة .

وقيل : يبطل الأول ويلزمه ستة، وقيل : يصحان ويلزمه أربعة ، لأن آخر الكلام يخرج الأول عن أن يكون مستغرقًا .

قال في « الشامل » : وهذا أقيس . انتهى .

والأصح هو الثالث ، كذا صححه الرافعي في كتاب الطلاق ، وذلك لأنه استثنى من العشرة عشرة إلا أربعة ، والعشرة إلا أربعة ستة ، فكأنه استثنى أولاً ستة فيلزمه أربعة ، وهذا هو الذي أراده الرافعي هنا في تعليل الوجه ، ولكن عبارته فيها قلق .

قوله : ولو كان العددان بحيث لو جمعا حصل الاستغراق كما إذا قال: على عشرة إلا سبعة وثلاثة ،فقيل : يبطلان لأن الواو تجمعهما فيصير مستغرقًا .

وقيل : يبطل الثاني خاصة ، وهو الأصح كما قاله الشيخ أبو على .

ثم قال : ورأى ـ يعني الشيخ ـ أن يفرق بين قوله : عشرة إلا سبعة وثلاثة ، وبين قوله : عشرة إلا سبعة وإلا ثلاثة ، ويقطع في الصورة الثانية بالبطلان لأنهما استثناءان مستقلان .انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على نقل التفريق المذكور على الكيفية التى نقلها الرافعي ، وهو سهو ، والصواب وهو المذكور في « الكفاية » :القطع بصحة الأول إذا أعاد (إلا) ، وحكاية الخلاف إذا لم يعدها للمعنى الذي ذكره الرافعي .

والصحيح في كتاب الطلاق من « المحرر » وغيره وفي أصل «الروضة» هنا هو ما صححه الشيخ أبو على .

قوله : وإذا قال : على عشرة إلا خمسة أو ستة، قال المتولى : يلزمه أربعة ،لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه فصار كما لو قال : على خمسة أو ستة ويمكن أن يقال : يلزمه خمسة ،لأنه أثبت العشرة .

وأما استثناء الدرهم الزائد فمشكوك فيه . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : ما نبه عليه في « الروضة » فقال : الصواب قول المتولى، لأن المختار أن الاستثناء بيان ما لم يرد بأول الكلام إلا أنه إبطال ما ثبت، وذكر في « الكفاية » مثله أيضًا فقال : لا وجه إلا ما قاله المتولى .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد جزم في هذا الباب بأنه إذا قال : علىّ

درهم أو دينار لزمه أحدهما وتعين، وجزم أيضًا بذلك ـ أعني بالتعين ـ في باب عدد الطلاق فيما إذا قال على سبيل الاستثناء : أنت طالق واحدة أو اثنين ، وقياس ذلك يأتي بعينه في مسألتنا .

قوله : فلو أقر بعض الورثة بدين على الميت وأنكر بعضهم فقولان . القديم : أن على المقر قضاء جميع الدين من حصته من التركة إن وفى به، لأنه إنما يستحق بعد قضاء الدين .

والجديد : أنه لا يلزمه إلا بقسط حصته من التركة ، لكنه إن مات المنكر وورثه المقر لزمه الجميع، ثم قال : ويتفرع على القولين فرعان :

أحدهما : لو شهد بعض الورثة بدين على المورث ، إن قلنا : لا يلزمه الإقرار إلا حصته قبلت شهادته وإلا فلا لأنه متهم ، وسواء كنت الشهادة بعد الإقرار أو قبله . انتهى كلامه .

وما أطلقه الرافعي جازمًا به أيضًا من بناء قبول الشهادة على القولين هو ما ذكره القاضي الحسين فتبعه الإمام وصاحب « التتمة » ثم الرافعي، والمعروف خلافه ، فقد ذهب العراقيون جميعهم إلى القبول مطلقًا على القولين معًا .

وذكر ابن الرفعة في كتابيه أنهم قطعوا به ، وجزم به الماوردي ، وادعى في « البيان » أنه لا خلاف فيه ، وقطع به أيضًا الروياني في آخر الإقرار من « البحر » ، وكذلك القفال شيخ المراوزة فيما إذا وقعت الشهادة قبل الإقرار .

وأما بعده فخرجها على القولين .

[قوله] [1] ، والثاني كيس في يد رجلين فيه ألف درهم ، قال : أحدهما لثالث لك نصف ما في الكيس ، فيحمل إقرره على النصف الذي

(١) سقط من أ .

في يده وهو ربع الجميع ؟ فيه وجهان بناء على القولين السابقين ، وبناء على الخلاف فيما إذا أقر أحد الشريكين في العبد المشترك بالتسوية بنصفه أنه يحمل على نصفه أم يوزع النصف المقر به على النصفين ؟

وهذا الخلاف الثاني مذكور في الكتاب في باب العتق . انتهى كلامه .

واعلم أنه إذا كان شريكًا في شيء بأن يكون له في دين أو عين مثلاً نصفه ، فأقر بالنصف أو وهبه أو باعه أو تصرف فيه بغير ذلك ، وأطلق ، ولم ينص على أنه النصف الذي له ، فهل ينحصر فيه ـ أعني في نصفه ـ أم يشيع ؟ فيه قولان يعبر عنهما بقولي الحصر والإشاعة .

وهذه المسألة وهي مسألة الإقرار فرد من أفراد هذه القاعدة .

وقد اختلف كلام الرافعي والنووي فيها في مواضع شتى من وجوه شتى، فلنذكر تلك المواضع ثم نبين وجه المخالفة فنقول : قال في كتاب الرهن : لو رهن نصف عبد ثم أعتق نصفه ، فإن أضاف العتق إلى النصف المرهون ففيه الأقوال .

وإن أضاف إلى النصف الآخر وأطلق ،عتق ما ليس بمرهون ، ويسري إلى المرهون إن نفذنا أعتقاه ،كذا إن لم ننفذه على الأصح ،لأنه يسري إلى ملك غيره فملكه أولى ، وعلى هذا يفرق بين الموسر والمعسر على الأصح. انتهى .

وهذا التفريع كله والتصحيح موافق لقول الحصر ، وأما على قول الإشاعة فيحمل على ربع ليس بمرهون ، وربع مرهون .

وحينئذ فيعتق النصف الذي ليس بمرهون بلا محالة الربع بالمباشرة ، والربع بالسراية ، ويتخرج الربع المرهون الذي باشر عتقه على الأقوال الثلاثة .

وأما الربع الآخر من النصف المرهون فلا يتخرج عليها كما ذكره .

وقال من « زياداته » في هذا الباب عقب مسألة الإقرار بنصف الكيس: إن أفقه الوجهين حمله على مـا يملكه ، وهو موافق لما تقدم ، ويؤخذ منه ترجيح ذلك في غير الإقرار بطريق الأولى لما ستعرفه من كلامه .

وقال في الباب الثاني من الوصية قـبيل الكلام على المسائل الحسابية : إنه إذا أوصى بثلث عبد معين فاستحق ثلثاه أن في المسألة طريقين :

أحدهما : القطع بأن له الثلث .

وأصحهما : أن فيه قولين :

أحدهما : هذا .

والأظهر : أن له الثلث كاملاً .

ثم قال : وقد اشتهر الخلاف في العبد المشترك بين اثنين بالسوية إذا قال أحدهما : بعت نصـفه أن البيع ينصرف إلى نصفـه أم يشيع ؟ ، ولا فرق في ذلك بين البيع والوصية . هذا لفظه .

وهو موافق أيضًا للموضعين المتقدمين .

وقال فـي آخر البـاب الرابع من أبواب الصداق ، وإن خـالعهـا على نصف الصداق قبل الدخول ، نظر إن قـال : على النصف الباقي لك بعد الفراق ، وصح وعاد إليه الجمـيع ، وإن أطلق فقولان بناء على أن تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشـتركة نصفين هل ينزل على النصف الذي له أم يشيع ؟

أحـــدهمـــا : يـنزل علـى نصـيبـهـا ، ويكـون كـمـا لو قـبله بنصـفها .

[وأظهـرهما: عند الأكـثرين : يشـيع لإطلاق اللفظ ،وكأنه خـالع على

نصف نصيبها] [(١)] ونصف نفسه ، فيبطل في نصف نصيبه ، وفي نصف نصيبها القولان . انتهى .

وهذا مخالف لجميع ما تقدم .

وقال في كتاب العتق في الشرط الرابع من شروط السراية: ولو باع نصف عبد يملك نصفه ، فإن قال بعتك النصف الذي أملكه من هذا العبد، أو نصيبي منه وهما يعلمانه صح ، وإن أطلق وقال : بعت نصفه فهل يحمل على ما يملكه، أو على النصف شائعًا ؟ وجهان .

ولو أقر بنصف المشترك ففيه هذان الوجهان وقال أبو حنيفة : يحمل في البيع على ما يملكه لأن الظاهر أنه لا يبيع مالا يملكه ، وفي الإقرار على الإشاعة لأنه إخبار .

واستحسن الإمام هذا التفصيل ، وبه أجاب الغزالي ، وصحح البغوي الإشاعة فيهما . انتهى .

زاد في « الروضة » على هذا فقال : قلت : الراجح قول أبي حنيفة والله أعلم . انتهى .

وهذا الكلام من الرافعي مخالف [لما قاله في الخلع فإنه هناك جعل الخلاف قولين ، وفى هذا الموضع جعله وجهين ، وأما النووي فما قاله من التفصيل مخالف][(٢)] للمذكور هنا من كونه ينحصر مطلقًا ،لأنه قد رجحه في الإقرار، وقد علمت أن غيره بذلك أولى ، ومخالف للمذكور في الخلع من كونه يشيع مطلقًا .

والغريب أن الترجيحين المتعارضين فيما إذا أقر به كل منهما إنما أبداه تفقهًا ، ومن زياداته أيضًا ثم إنه شارك الرافعي أيضًا في أن الخلاف وجهان

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

أو قولان ،وعبر في « الروضة » عما حكاه الرافعي عن الإمام والغزالي بقوله: واستحسن الإمام والغزالي هذا ، وفيه نظر ، فإن الجواب بالشيء فيه زيادة بلا شك على استحسانه .

وقال أيضًا في [العتق في] [(١)] الكلام على السراية : إذا كان بينهما عبد بالسوية فوكل أحدهما الآخر فى عتق نصيبه فقال الوكيل للعبد : نصفك حر .

فإن قال : أردت نصيبي ، قوم عليه نصيب شريكه .

وإن قال : أردت نصيب شريكي، قوم على الشريك نصيب الوكيل .

وإن أطلق فعلى أيهما يحمل ؟ وجهان حكاهما في « الشامل » .

قال النووي من « زياداته » لعل الأصح حمله على نصيب الوكيل . انتهى .

وقياس ترجيح الإشاعة أن يحمل على نصف نصيبه ، ونصف نصيب شريكه ، ثم يسري عليهما ،لأنهم إذا حملوه على ذلك مع كونه غير قادر على التصرف في الباقي ، وأبطلوه ، فحمله عليه مع كونه قادر عليه بطريق الأولى .

وأما على قول الحصر ففيه نظر يحتمل أن يجاب بذلك أيضًا ،لأنه مالك للتصرف فيهما ، ولا ترجيح ، ويحتمل الحمل على نصيب المباشر، وهو الوكيل لأن تصرفه فيه بالأصالة .

وإذا علمت هذه المواضع المذكورة علمت أن الفتوى على التفصيل كمقالة أبي حنيفة لقوة مدركه ،أو على الإشاعة مطلقًا وهو الحق ، لنقله إياه عن الأكثرين .

---

(١) سقط من أ .

وأما المذكور في هذا الباب من زياداته فلا وجه له لمخالفة المعنى الواضح ، والنقل عن الأكثرين ، وكذلك المذكور في الرهن والوصية لمخالفة الأكثرين ، ومثله ما ذكرته ثانياً عن العتق .

قوله من زوائده : قال القاضي أيضًا في آخر الغصب ـ يعني القاضي أبا الطيب ـ : لو باع دارًا ثم ادعى أنها كانت لغيره باعها بغير إذن ، وهي ملكه إلى الآن ، وكذبه المشتري ، وأراد أن يقيم بينة بذلك ، فإن قال: بعتك ملكي أو داري أو نحو ذلك مما يقتضي أنها ملكه، لم تسمع دعواه، وإلا سمعت . انتهى كلامه .

وهذه المسألة على التصوير الذي ذكره غلط ، ليست في تعليق القاضي، فإنه لا تصح منه الدعوى بملك الغير .

فإن تكلف متكلف وقال : إن صورة ذلك [فيما إذا وكله ذلك] [(١)] الغير فلا تصح أيضًا ،لأنا لا نسلم امتناع دعواه إذا كان قد قال : بعتك ملكي ، ونحو ذلك ،لأن فائدة الدعوى لا تعود إليه لكونه نائبًا عن غيره فكما أن إقراره هذا لا يمنع صحة دعوى ذلك بنفسه ، فكذلك توكيله .

وبالجملة فالمذكور في « الروضة » غلط منه على القاضي سببه سوء فهمه لذهول أو غيره .

فإن القاضي فرض المسألة فيما إذا انتقلت إلى المدعي الذي كان قد باع فإنه قال في الموضع المذكور، وهو آخر الغصب ما نصه : إذا باع من رجل دارًا ثم ادعى أن الدار لم تكن له حين البيع وإنما كانت لغيره ، وقد باعها بغير إذنه ، وهي ملك له الآن بميراث أو هبة أو غير ذلك ، وكذبه المشتري في ذلك ، فأراد أن يقيم البينة على دعواه ،نظر إلى آخر ما تقدم . وهذه عبارة القاضي ، ومن تعليقه نقلت ، وهو كلام صحيح .

---

(١) سقط من أ .

ففهـم النووي منه خلاف المراد وتصرف في العبـارة فوقع في الخلل ، وكان يندفع التـغليط الصريح ، ويمكن التأويل لو حذفت من كـلامه لفظة إلى الداخلة على لفظ الآن .

وعلى كل حـال فالمذكـور في « الروضـة » غلط قطعًا، لأنه لو كـان الحكم في نفسه صحيحًا لكن غلطًا لكونه غير المذكور في كلام القاضي .

قوله أيضًا من زوائـده : ولو أقر بثياب بدنه لزيد، قـال القاضي الحسين في « الفتاوى » : يدخـل فيه الطيلسان والدواج وكل ما يـلبسه ، ولا يدخل فيه الخف .

والمراد بالدواج : اللحاف .

ومقتضى كلام القاضي هذا : أنه يدخل فـيه الفروة فإنها مما يلبسه ، ولا شك في دخولها .

وإنما نبهت علـيه لئلا يتـشكك في دخولها ، وكـذلك الحكم لو أوصى بثياب بدنه . انتهى كلامه .

وما ذكره من دخول الفروة في اسم الثوب ، وأنه لا شك فيه عجيب، وذهول عن المنقـول، فقد جـزم الرافعي في كـتاب الأيمان بأنهـا لا تدخل وتبعه عليه في « الروضة » ، وجزم بدخولها في الملبوس فقال : حلف لا يلبس ثوبًا حنث بلبس السراويل .

ثم قـال : ولا يحنث بلبـس الجلود ، ولا بما يتـخـذ منهـا ولا بلبس القلنوسة . هذا لفظه .

ثم قال : ولو حلف لا يلبس شيئًا حنث بجميع ذلك .

والقلنسوة هي القبع والطاقية ونحوهما مما يغطي الرأس، كما تعرفه في الكفارات .

وقد علم مما قاله هناك أن القلنسوة لا تدخل في مسمى الثياب ، وحينئذ فلا تدخل في مسألتنا ـ أعني في الإقرار ـ وفيه نظر، فإنها تجري في الكفارات .

ورأيت في الأيمان من كتاب ابن كج أنه لو حلف لا يلبس ثوبًا من غزلها فتغطى بلحاف لم يحنث . والله أعلم .

الباب الرابع
في الإقرار بالنسب

قوله : القسم الأول : أن يلحق النسب بنفسه فيشترط فيه أمور ، ثم قال: والثالث : أن يصدقه المقر له إذا كان ممن يعتبر تصديقه ، فإن استلحق بالغًا فكذبه لم يثبت النسب .

ثم قال في آخر المسألة . وقوله ـ يعني الغزالي ـ : أو المقر له ليس فيه [إلا] (١) اعتبار عدم التكذيب ، وهو معتبر لكنه غير مكتفى به ، بل المعتبر تصديقه عند الإمكان صرح به صاحب « الشامل » وغيره .

وقضيته أنه لو سكت لم يثبت النسب . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما جزم به ها هنا من عدم الاكتفاء بالسكوت، وأنه لا بد من التصديق، قد خالفه في الشهادات في الباب الثالث منه في الفصل الثاني المعقود للشهادة بالتسامع ، وستقف على لفظه هناك واضحًا إن شاء الله تعالى .

الأمر الثاني : أنه لم يثبت مقالة الغزالي خلافًا ،بل اعترض عليه اعتراضًا يشعر بعدم الخلاف .

ولهذا جزم النووي في « الروضة » بذلك أيضًا ، ولم يحك فيه خلافًا، وكأنه توهم أن تعبير الغزالي جرى من غير قصد ، وليس كذلك ، فقد صرح الغزالي في « الوجيز » أيضًا في الموضع الآتي ذكره في كتاب الشهادات بثبوت النسب مع السكوت ، وكذلك الإمام وغيره ، ولأجل

---
(١) سقط من جـ .

ذلك تبعهم الرافعي غير أنهم ترددوا في صيغة الشهادة .

فقيل: يشهد بثبوت النسب ، وقيل: بالإقرار كما ستعرفه .

قوله : استلحق عبد الغير أو معتقه لم يلتحق إن كان صغيرًا محافظة على حق الولاء للسيد ، وإن كان بالغًا وصدقه فوجهان . انتهي .

تابعه في « الروضة » على حكاية الوجهين من غير ترجيح ، والصحيح منهما صحة استلحاقه ، كذا صححه الرافعي في باب اللقيط ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى لغرض آخر فراجعه .

قوله : ومن له جارية ذات ولد إذا قال : هذا ولدى من هذه الجارية يثبت نسبه ، وهل تصير الجارية أم ولد فيه قولان : أقربهما إلى القياس و

أشبههما بقاعدة الإقرار : أنها لا تصير لاحتمال أنه استولدها بشبهة أو نكاح وملكها بعد ذلك .

ولو قال : إنه ولدي منها ولدته في ملكى، فطريقان :

أحدهما : القطع بثبوت أمية الولد لتصريحه بالولادة في الملك .

وأصحهما : أنه على القولين لاحتمال أنه أحبلها بالنكاح ، ثم اشتراها فولدت في ملكه .

ولو قال : إنه ولدى استولدتها به في ملكي أو علقت به في ملكى انقطع الاحتمال ، وكانت أم ولد لا محالة ، وكذا لو قال : هذا ولدى منها وهي في ملكى منذ عشر سنين ، وكان الولد ابن سنة . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي قد أسقط المسألة الثانية من « الروضة » وهي ما إذا قال : هذا ولدي ولدته في ملكى، وكأنه انتقل نظره حالة الاختصار . كما يقع كثيرًا في حال الكتابة .

الأمر الثاني : أن ما ادعاه من انقطاع الاحتمال وأنه لا محالة فيه ، عبر عنه في « الروضة » بقوله: قطعًا، وفي « الشرح الصغير » بقوله: بلا خلاف ، وليس الأمر كذلك من نفي الاحتمال المقتضي لنفي الخلاف فإنها قد تكون مرهونة ، وفي استيلادها ثلاثة أقوال مشهورة فلم ينتف الاحتمال.

واعلم أن ما رجحه الرافعي بحثًا قد نقله ابن الصباغ والقاضي أبو الطيب عن جمهور الأصحاب، ومع ذلك فإنه يشكل على ما إذا أتت المرأة بولد يلحقة فإن الرافعي وغيره قالوا باستقرار المهر مع إنكار الزوج الوطء تمسكًا بالظاهر وهو العلوق من الوطء ، ولم ينظروا إلى احتمال استدخال الماء .

قوله : الأولى إذا كانت له أمتان لكل منهما ولد .

فقال : أحدهما ولدي ، ولم تكن إحداهما متزوجة ولا فراشًا للسيد ، ثم عين واحدًا يثبت نسبه وكان حرًا ، وهل تصير أمه أم ولد ؟ نظر إن قال إستولدتها بالزنا مفصولاً ، عن الاستلحاق لم يقبل ، وكانت أمية الولد على القولين فيما إذا أطلق الاستلحاق ، وإن وصله باللفظ قال في « التهذيب » لا يثبت النسب ولا أمية الولد ، ولك أن تقول: ينبغي أن يخرج على قولي تبعيض الإقرار انتهى كلامه .

وهذا البحث الذي ذكره في آخر كلامه قد تابعه عليه في « الروضة »، وهو عجيب وذهول عن كلام البغوي ، لأن المسألة مصورة في « التهذيب» ما إذا كان التفسير منفصلاً ،لأنه قال في صدر المسألة : إذا كان له أمتان لكل واحدة ولد فقال أحد هذين الولدين ولدى ، يؤمر بالتعيين فإذا عين أحدهما ثبت نسبه ، وهل تصير أم ولد ؟ نظر إن قال بملك اليمين صارت أم ولد له ، وإن قال : استولدتها بملك النكاح لم تصر أم ولد ، وإن قال

بوطء شبهة ، فهل تصير أم ولـد ؟ فيه قولان ، وإن أطلق فقولان أيضًا ، وإن قال استولدتها بالزنا لا يقبل هذا التفسير ،وهو كالطلاق. هذا كلامه.

وقد ظهر به أن تفسـيره بالزنا متأخر ، وبتقدير الاتصال ، فـالتبعيض بالنسبـة إلى النسب مسلم، فإن قوله ولدًا أو من زنـا متنافيان ، وأمـا أمية الولد فعلى القول بأنها لا تثبت بالإطلاق لا تنافي بينهما .

قـوله : فلو ادعت الأمـة الأخرى أن ولدها هـو الولد الذي استـلحقـه وأنها هى التـي استولدها فـالقول قـول السيد مع يمينه ، وكـذا لو بلغ الولد فادعى. انتهى كلامه .

وهو مشكل لأن المسـألة مصورة بما إذا لـم تكن فراشًـا له ، والسيد إذا لم يعـترف بالوطء لا تسـمع عليه دعـوى الاستيـلاد ، ومن طريق الأولى سماع الولد عليه بعد البلوغ قاله ابن الرفعة .

قوله : ولو مات السيد قبل التعيين قام ورثته مقامه ، فإن قالوا : لا نعلم رجعنا إلى القـائف، فلو تعذر أقرعنا بينهمـا ليعرف الحر منهـما ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث .

وأما الاستـيلاد فإن لم يوجد من السيـد ما يقتضيـه لا يثبت ، وإن وجد فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك الولد بخروج القرعة ؟

حكى الإمـام فـيه وجـهين وقـال : المذهب أنهـا لا تحصل، لأنهـا تتـبع النسب، فإذا لم نجعله ولدًا لا نجعلها أم ولد .

والذي أورده الأكثـرون :أنها تحصل ، لأن المقصـود العتق ، والقرعـة عاملة فيه .

وعلى هذا الخلاف يحمل قوله في الـكتاب : وهل يقرع بين الأمتين في الاستيلاد ؟ فيه خلاف .

وقد يتبادر إلى الفهم إخراج القرعة مرة أخرى ولا يعقل ذلك ، إذ لا يؤمن خروج القرعة على غير التي خرجت لولدها . انتهى كلامه .

وما توهمه ـ رحمه الله ـ : من أن أحدًا لم يقل بقرعة ثانية غريب ، فقد صرح الإمام في « النهاية » بذلك فقال : وأما القائل بالأول ـ وهو أن الاستيلاد لا يثبت ـ فإنه يقول : بين الجاريتين عتق كما بين الولدين عتق فنفرد الجاريتين بالقرعة . هذا لفظه .

وقد صرح الغزالي بتجديد القرعة في « البسيط » أيضًا ، ورأيت في «شرح المهذب » للعراقي الجزم به أيضًا ، وفرع عليه فقال: لو خرجت القرعة لغير التي خرجت لولدها عتقت هي ، ورق ولدها .

قوله : إذا قال من له أمة لها ثلاثة أولاد: أحد هؤلاء ولدي فعين الأصغر فالأكبران رقيقان، وإن عين الأوسط فالأكبر رقيق وأما الأصغر فإن لم نجعل الأمة أم ولد فهو رقيق كالأم .

وإن جعلناها ،فينظر إن لم يدع الاستبراء بعد الأوسط فقد صارت فراشًا بالأوسط فيلحقه الأصغر ويرثه .

ثم قال بعد ذلك : وذكر في « التتمة » وجهًا آخر، فيما إذا لم يدع الاستبراء : أنه لا يثبت نسبه ، ويكون حكمه حكم الأم يعتق بموت السيد ، لأن الاستبراء حصل بالأوسط ، ولم أر لغيره ذكره . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخره من حكاية ذلك وجهًا ضعيفًا لم يره إلا في «التتمة » غريب ، فقد حكاه الماوردي في « الحاوي » وعلله باحتمال أن تكون علقت بالأوسط في ملكه وهي مرهونة ثم بيعت بعد وضعه في الدين فولدت الأصغر من زوج ثم استبرأها مع الأصغر .

وحكاه أيضًا البغوي في « التهذيب » ، بل لنا وجهان شهيران في أن وضع أم الولد هل يكون استبراء حتى إذا أتت بولد آخر لا

يلحق السيد لأن وضع الحمل أقوى فى الدلالة على الاستبراء؟ من دعواه بعد ذلك أنه استبرأها بالحيض، أم لا يكون استبراء وبالغ الإمام في باب الاستبراء في تضعيف الثاني ، وأغرب من ذلك كله أنه قد صحح هذا الوجه الذي ادعى غرابته ، وهو عدم اللحوق في آخر باب الاستبراء، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى .

قوله : القسم الثاني : أن يلحق النسب بغيره مثل أن يقول : هذا أخى ابن أبى، أو ابن أمى فيقبل بشروط . انتهى .

اعلم أن ما أطلقه الرافعي من اللحوق ، وتبعه عليه في « الروضة » مسلم إذا كان الملحق به رجلاً ، فإن كانت امرأة فلا ، لأن اعترافها هي لا يقبل على الصحيح كما ذكروه في كتاب اللقيط فبالأولى استلحاق ورثتها. كذا جزم به في « المطلب » فقال فيما إذا قلنا : لا يصح ، فاستلحاق وارثها وإن كان رجلاً بطريق الأولى ، وقد صرح به ابن اللبان . هذا لفظه، وهو واضح .

قوله : وإذا أقر بعض الورثة ، وأنكر البعض لم يشارك المقر في حصته في ظاهر المذهب .

وقيل : يشارك ، وهذا في الظاهر .

وأما في الباطن فهل على المقر إذا كان صادقًا أن يشركه فيما في يده ، فيه وجهان .

الصحيح منهما على ما قاله ابن الصباغ : نعم .

وهو على هذا يعطيه ثلث ما في يده لأن حق الثالث شائع فيما في يده؟، ويد صاحبه .

وقيل : نصفه لأن الثالث بزعمهما غصبهما بعض حقهما .

وعن صاحب « التقريب » : أنه إن أخبره المنكر على القسم بأن معهما

ثالثًا أعطاه النصف ،لأنه متعد بتسليم نصف حصة الثالث إليه ، فيغرم ما حصل في يد صاحبه كما يغرِّم الحاصل في يده، ثم قال : وقيل : لا فرق عند التراضي بين العلم والجهل انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن ما صححه ابن الصباغ صححه أيضًا القاضي أبو الطيب ، وقال البندنيجي في « تعليقه » : إنه المذهب ، والنووي في أصل «الروضة»: إنه الأصح .

الأمر الثاني : أن النووي في « الروضة » قد أسقط الوجهين الأخيرين من الوجوه المفرعة على المشاركة .

الأمر الثالث : أن هذه العلة التى نقلها عن صاحب « التقريب » لا تطابق الحكم ، وذلك لأن الحاصل في يد صاحبه من نصيب الذي أنكره هو ثلث ما أخذ ، فإذا غرم مثله في يده لزم أن يغرم المقر ثلثي ما في يده لا نصفه .

وقد عبر الإمام بتعبير صحيح مرشدًا إلى المراد ، وإن كان في كلامه بعد هذا قلق ،فإنه قال ما نصه : فقد كانت في يدهما ثابتة على الجميع ثبوتًا شائعاً ، فلما اقتسما فقد رفع المقر يده عن نصف حصة الثالث وسلمه وترك المنكر على المقر مثل ذلك .

وإذا نسب المقر إلى تسليم نصف حصة الثالث إلى المنكر كان متعديًا فيلزم أن يغرم ما حصل في يده من الزيادة . هذه عبارة الإمام .

فعلمنا أنه أراد بقوله في آخر الكلام ما حصل في يد صاحبه أى مما كان في يده ، وكذلك أيضًا قول الرافعي: لأنه متعدٍ بتسليم ما في يده من نصف حصة الثالث أو نحو هذه العبارة ، وذلك نصف سدس .

وإن شئت فثلث نصف سهم من ستة أسهم في مثالنا ، وهو أيضًا

مضاف لما في يد المقر من نصيب المنكر وهو السدس كـامل فيصير مجموع ما يعطيه الثالث سهم ونصف ، وذلك نصف ما حصل له أى للمقر .

قوله : وهل الإمام له حكم الوارث في الاستلحاق أم فيه خلاف ؟

والذي أجاب به العراقيون : أن حكمه كحكمه . انتهى .

تابعه في « الروضة » على إطلاق النـقل عن العراقيين وزاد على ذلك فصححه فقال : إنه الأصح ، وبه قطع العراقيون .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن الماوردي من أكابر العراقيين ، وقد خالف في هذه المسألة فقال : إن هذا القول غير صحيح،لأن الإمام لا يملك حق فى بيت المال .

الأمرالثـاني : أن هذا الحكم إنما يأتي إذا كان الميت مسلمًـا ، فإن كان كافرًا لم يكن ذلك فيه ،لأن مـاله لم ينتقل لبيت المال على سبيل الإرث ، بل للمصالح ، فلو صـح الاستلحاق للإمام ، والحالة هذه لكان اسـتلحاقًا ممن ليس بوارث ولا نـائب عنه ، بل لو وكل في الاسـتلـحـاق لم يصح أيضًا، لأنه توكيل في الإقرار والله أعلم .

تم الجزء الخامس
بحمد الله وعونه
يتلوه في أول السادس
كتاب العارية

فهرس الموضوعات

فهرس موضوعات الجزء الخامس

كتاب الإقرار